

**UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
DEPARTAMENTO DE DIREITO**

CRISTIAN DE OLIVEIRA DIAS

**A SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A CORTES INTERNACIONAIS DE
ARBITRAGEM**

**FLORIANÓPOLIS
2017**

Cristian de Oliveira Dias

A SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A CORTES INTERNACIONAIS DE
ARBITRAGEM

Trabalho de Conclusão de Curso
apresentado como requisito parcial para a
obtenção do título de bacharel em Direito
pela Universidade Federal de Santa
Catarina – UFSC.

Orientador: Dr. Pedro de Menezes
Nieburh

Florianópolis

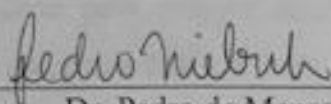
2017

UNIVERSIDADE FEDERAL DE SANTA CATARINA
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS
COLEGIADO DO CURSO DE GRADUAÇÃO EM DIREITO

TERMO DE APROVAÇÃO

O presente Trabalho de Conclusão de Curso, intitulado “**SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A CORTES INTERNACIONAIS DE ARBITRAGEM**”, elaborado pelo acadêmico “**Cristian de Oliveira Dias**”, defendido em **06/07/2017** e aprovado pela Banca Examinadora composta pelos membros abaixo assinados, obteve aprovação com nota 10 (dez), cumprindo o requisito legal previsto no art. 10 da Resolução nº 09/2004/CES/CNE, regulamentado pela Universidade Federal de Santa Catarina, através da Resolução nº 01/CCGD/CCJ/2014.

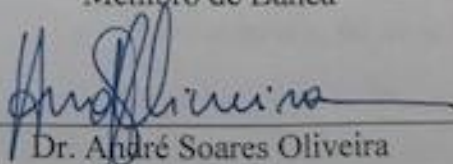
Florianópolis, 06 de julho de 2017



Dr. Pedro de Menezes Nieburh
Professor Orientador



Dr. Ricardo Soares Stersi dos Santos
Membro de Banca



Dr. André Soares Oliveira
Membro de Banca



Universidade Federal de Santa Catarina
Centro de Ciências Jurídicas
COORDENADORIA DO CURSO DE DIREITO

TERMO DE RESPONSABILIDADE PELO INEDITISMO DO TCC E
ORIENTAÇÃO IDEOLÓGICA

Aluno: Cristian de Oliveira Dias

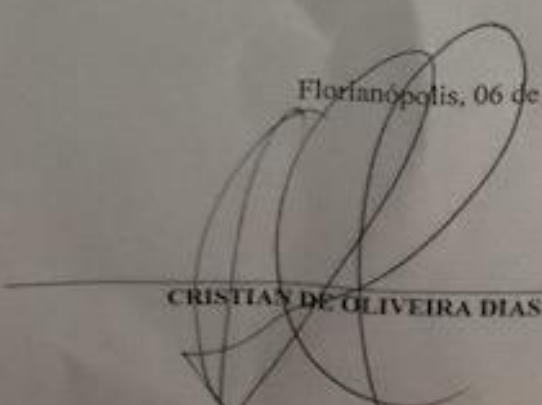
Matrícula: 11100229

Título do TCC: SUJEIÇÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A CORTES
INTERNACIONAIS DE ARBITRAGEM

Orientador: Dr. Pedro de Menezes Nieburh

Eu, Cristian de Oliveira Dias, acima qualificado, venho, pelo presente termo,
assumir integral responsabilidade pela originalidade e conteúdo ideológico
apresentado no TCC de minha autoria, acima referido

Florianópolis, 06 de julho de 2017.



CRISTIAN DE OLIVEIRA DIAS

A minha família, por ser meu alicerce em todas as situações.

AGRADECIMENTOS

Este trabalho representa o fim de um ciclo extremamente feliz que só foi possível devido à contribuição de centenas de pessoas que, para minha sorte, foram incansáveis na missão de ensinar, escutar, encorajar e demonstrar que não há nenhuma barreira que se possa manter frente à determinação de se chegar aonde quiser. Assim, a palavra que impera neste momento, sem chance para qualquer outra, é gratidão.

Gratidão pela vida, por minha família, por meus amigos, por meus professores ao longo de toda essa jornada que, sem dúvidas, iniciou-se aos susurros de uma senhorazinha a informar o som que mais de uma letra, juntas, perfaziam. Ou, talvez ainda mais cedo, com o suporte de uma outra pessoa, que deu as primeiras lições sobre organização, sobre convivência em grupo e sobre outras tantas coisas. Obrigado, Dulce.

Somam-se a elas, os exemplos caseiros de dedicação, de determinação e de possibilidade de se agigantar em face de situações, aparentemente, intransponíveis. Refiro-me a minhas maiores inspirações - meu pai, minha mãe e meus avós. Sem qualquer objeção à resposta do poeta, mostraram-me que tudo vale a pena se a alma não é pequena. Não é diferente com todo o restante da família - dirijo-me aqui, com muito carinho, notadamente, a meus tios e tias.

Difícil aludir a todos que, de alguma forma, tiveram participação nessa caminhada. Em sendo assim, agradeço, nominalmente, ao Prof. Pedro de Menezes Nieburh, meu orientador, por ter guiado o desenvolvimento deste trabalho, estendendo esse voto a todos que, em algum momento, precisaram mostrar-me o caminho a ser percorrido; ao Prof. Ironi Andrade, fazendo-o como forma de protesto de elevada admiração a todos meus professores, que esmeraram qualidades e, sem os quais, não se teriam superadas dificuldades.

A Michelli Mariane, por não me deixar descrer nas pessoas, em razão de seus dons da gentileza, da afabilidade e da filantropia. A Eduardo Neis, pela irmandade em quaisquer situações. A Juliano Maria, pela parceria e pela confiança recíproca e irrestrita. A Luísa Bernsts, pela padronização das referências bibliográficas deste trabalho, de acordo com as normas da Associação Brasileira de Normas Técnicas - ABNT.

Claro que essa jornada não teria sido tão grande e realizada de uma forma tão especial, se não fosse por algumas pessoas. Aqui, vale ressaltar a persistência absoluta de Marcelo Campos em participar de todas as festas universitárias e de permanecer nelas até o fim. Reconheça-se: o gordo é gente boa. Presença sempre fundamental nos rolês, seja para ele alertar do quão ruim estava sendo, seja para o socorrer de quedas em terrenos com depressões abruptas, Nicolás Dodi. Pedro Duarte, por sua idiossincrasia singular e demonstrações de superação constantes. Manuela Caron, por ser porto nas horas de tempestade e entusiasta nos momentos de euforia.

Todo o bonde, pelas incontáveis horas de papo jogado fora ou por aquelas de papo-cabeça, em que o Direito assume o centro das atenções. Ou, ainda, pela demora de raciocínio de Ellora Arantes; pela doçura de espírito de Jaqueline Arsie; pela parceria de Gabriela Cechetto; pelas realizações, em prol do grupo ou individuais, de Gustavo Hoffmann; pelos QGs oferecidos aos eventos da raça por Otávio Minatto e, mais recentemente, pela ajuda na pesquisa bibliográfica deste trabalho; pelas piadas sem graça de Fernando Baggio; pelos pitis de Fabrício Cenci; pela presença ilustre de Patrícia Cesa, ainda que em pouquíssimas confraternizações; pela serenidade oriental de Gerson Chiang; e pela inocência interiorana de Marco Baggio.

Dessa forma, fecho esse ciclo com a certeza de ter chegado até aqui por diversas mãos que recalcitraram a todos os óbices oriundos dessa escalada que culminou num pedacinho de terra perdido no mar, com o encontro de gente incrível. Destaco, portanto, minha gratidão e minha admiração por todas essas pessoas.

RESUMO

Esta pesquisa consiste na busca por informações que apoiem uma resposta, por meio do método dedutivo de abordagem, sobre a possibilidade de a Administração Pública sujeitar-se a órgãos arbitrais internacionais. Dessa forma, destaca-se que a arbitragem pode ser um meio eficiente para o Estado resolver suas controvérsias contratuais, considerando que sua constitucionalidade está assente na doutrina e na jurisprudência e que ele atende ao requisito subjetivo da Lei 9.307/1996, por expressa previsão dela, e, também, ao objetivo do mesmo diploma legal. Em que pese haver divergência doutrinária sobre o erário possuir direito disponível, majoritariamente, os autores do tema e as decisões judiciais vêm se posicionando sobre sua existência, demandando-se, apenas, o exame da disponibilidade ou da indisponibilidade de dado bem público. Sobre essa análise, verifica-se que o contrato imprescinde da disponibilidade do bem para se perfazer. Finalmente, apura-se que a Administração Pública não goza de imunidade de jurisdição na avença de cláusula compromissória arbitral e de todo o restante do objeto do pacto estabelecido, sendo o título oriundo dessa arbitragem exequível, pelo menos, no Brasil. Ela, portanto, pode ser submetida a órgão internacional de equivalente jurisdicional.

Palavras-chave: Arbitragem Internacional; Administração Pública; Possibilidade.

ABSTRACT

This research consists in the search for information that supports an answer, through the deductive method of approach, on the possibility of the Public Administration subjecting itself to international arbitration bodies. Thus, it is noted that arbitration can be an efficient mean for the State to resolve its contract disputes, considering that its constitutionality is consolidated on doctrine and jurisprudence and that it attends to the subjective requirement of Act 9,307 / 1996, by express provision, and also to the objective of the same legal diploma. Although doctrinal divergence over the treasury has available rights, the authors of the issue and judicial decisions have been in the majority positioning themselves on its existence, requiring only the examination of the availability or unavailability of a given public good. On this analysis, it is verified that the contract requires the availability of the good to be completed. Finally, it is revealed that the Public Administration does not enjoy immunity from jurisdiction in the arbitration clause and all the rest of the object of the established pact, being the title coming from such arbitration is practicable, at least, in Brazil. It can, therefore, be submitted to an international entity of judicial equivalence.

Keywords: International Arbitration; Public Administration; Possibility.

SUMÁRIO

1. INTRODUÇÃO	10
2. A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESOLVER CONFLITOS CONTRATUAIS POR ARBITRAGEM	12
2.1. OS NOVOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS.....	12
2.2. A ARBITRAGEM COMO NOVA FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS	13
2.3. A ARBITRAGEM FRENTE À UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO	16
2.4. DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA	23
3. O ALCANCE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	33
3.1. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA.....	33
3.2. DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA ...	34
3.3. O EXAME DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ENFOQUE DAS ESPÉCIES DE SEUS CONTRATOS	40
3.4. A ANÁLISE DA EXTENSÃO DA DISPONIBILIDADE DO OBJETO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DE SUAS CLÁUSULAS	42
3.5. A DISPONIBILIDADE DO DIREITO PATRIMONIAL COMO REQUISITO PARA CONTRATAR	50
4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À ARBITRAGEM INTERNACIONAL: A QUESTÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E IMUNIDADE DE EXECUÇÃO.....	54
4.1. JURISDIÇÃO E IMUNIDADE JURISDICIONAL.....	54
4.2. DA EXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA À LUZ DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO.....	67
4.3. ASPECTOS DA AÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS E DA CONCESSÃO DE <i>EXEQUATUR</i> A DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E DE URGÊNCIA	71
5. CONCLUSÃO	74
REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO.....	76

1. INTRODUÇÃO

O fundamento da dignidade da pessoa humana estatuído na Carta da República desloca o ser humano, com todos seus direitos e seus deveres, ao centro do ordenamento jurídico, fazendo com que tudo que lhe é marginal circunde-o de forma a o preservar.

Nesse contexto, o Estado assume mister vital para o funcionamento dessa engrenagem, garantindo direitos com sua abstenção em determinados âmbitos e com ações positivas noutros. Assim, para dar conta, principalmente, de suas demandas positivas, outorgam-se-lhe novas ferramentas e se acolhem novos parceiros. Nesse processo de transformação, a legislação, invariavelmente, muda, a fim de criar novos institutos jurídicos, quais as parcerias público-privadas, para dar suporte legal à Administração Pública em sua missão de consecução do bem comum.

Por conseguinte, novas interações jurídicas estabelecem-se entre o Poder Público e agentes que lhe eram desconhecidos. Dessa circunstância, decorre a factibilidade, por exemplo, de ele entabular contrato com um particular estrangeiro. Mais ainda: dada a crise no judiciário em razão de sua sobrecarga de lides, apresenta-se a perquirição sobre a sujeição de eventuais controvérsias desse pacto a um órgão arbitral, em renúncia à jurisdição estatal; e por que não o fazer em prol de uma corte arbitral internacional com sede num país a que não pertença nem uma e nem a outra parte? Em sendo assim, será verificada, pelo método dedutivo, com análise de legislação e de precedentes recentes e históricos, com pesquisa bibliográfica e com comparações, a possibilidade de a Administração Pública submeter-se a juízo arbitral externo com a avença de cláusula compromissória de arbitragem.

Para tanto, será necessário:

(i) discorrer sobre os novos mecanismos de resolução de conflitos e, notadamente, sobre a eficiência do equivalente jurisdicional. Discutir sua constitucionalidade no ordenamento jurídico brasileiro e o atendimento do requisito subjetivo pela Administração Pública para o convencionar;

(ii) debater a disponibilidade de bens patrimoniais do Estado, sob os enfoques da doutrina administrativista clássica; do entendimento intermediário a

partir da classificação de seus contratos em administrativo ou privado; da existência de direito disponível e indisponível num mesmo acordo; e, por fim, do requisito para contratar de um modo geral; e

(iii) em se admitindo a natureza jurisdicional da arbitragem, examinar a imunidade de jurisdição do Estado brasileiro e de suas divisões em consonância com os costumes de direito internacional; a exequibilidade de títulos oriundos de cortes arbitrais alienígenas em diferentes territórios, tendo-se em vista a imunidade de execução; e, finalmente, o meio apto a conferir caráter exequível às sentenças e outras decisões arbitrais externas no Brasil.

2. A POSSIBILIDADE DE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RESOLVER CONFLITOS CONTRATUAIS POR ARBITRAGEM

2.1. OS NOVOS MECANISMOS DE RESOLUÇÃO DE CONFLITOS

Nas últimas décadas, após a promulgação da Constituição de 1988, vem-se observando um crescimento intenso na judicialização de demandas da sociedade brasileira, quer sobre direitos individuais, quer sobre direitos homogêneos ou coletivos.

Esse crescimento, depois da gênese de nossa Carta Política, não coincide com ela de forma casual. A Carta da República, no contexto de Estado Democrático de Direito que se propôs a implantar no Brasil, trouxe à luz vasto conteúdo garantista de liberdades individuais e supraindividuais, compatível com o *welfare state*.

Nesse sentido está o inciso XXXV do art. 5º da Constituição, a seguir transcrito: "*A lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito*". Esse preceptivo é, com efeito, um dos sustentáculos do Estado Democrático de Direito na medida em que impede que qualquer matéria seja objeto de ressalva ao controle pelo Judiciário. Assim, ao menor sinal de ilegalidade, pode o Judiciário ser acionado para apreciar eventual lesão e, se for o caso, corrigi-la.

Dessa situação, a saber, do acesso, pelo menos formal, ao Judiciário, resultou o crescimento intenso de controvérsias a serem dirimidas por esse Poder. Diante desse aumento exponencial de lides, novos mecanismos que até então não eram ou pouco eram conhecidos como formas aptas a resolverem conflitos foram propostos. Dessarte, a mediação, a conciliação e a arbitragem, formas diferentes de se resolverem conflitos, passaram a ganhar especial atenção pela doutrina pátria, como tentativa de impedir o afogamento cada vez mais veemente do Judiciário Brasileiro.

2.2. A ARBITRAGEM COMO NOVA FORMA DE RESOLUÇÃO DE CONTROVÉRSIAS

No contexto acima descrito, dentre os novos meios que foram paulatinamente ganhando relevância, está a arbitragem. Afinal de contas, retira-se do Judiciário, pelo menos inicialmente, a competência para subsumir a norma ao fato do caso e a outorga a um árbitro, ou câmara, que, muitas vezes, tem mais afinidade com a questão controvertida, contribuindo, portanto, com o desafogamento desse Poder e, potencialmente, com a qualidade da decisão a ser prolatada por esse órgão não estatal. Esse meio alternativo de resolução de conflitos merece, sem nenhuma dúvida, o destaque que vem obtendo ultimamente por trazer várias vantagens em relação à forma tradicional de apaziguamento social.

Evidentemente, como bastante propagado até agora, a redução de conflitos a serem julgados pelo Poder Judiciário, é consectário lógico da arbitragem. Ora, a controvérsia a ser objeto da arbitragem pelo árbitro ou pela câmara arbitral, muito provavelmente, constituiria mais um processo em meio a centenas de outros já existentes na mesa do juiz, aguardando, há muito tempo, uma sentença. Essa circunstância, vale anotar, acaba por reduzir a qualidade da prestação jurisdicional ou com ela quase acabá-la, porque jurisdição tardia é quase inexistência de jurisdição.

Aqui, então, é possível verificar um efeito externo à própria arbitragem: eleva-se, também, a qualidade da jurisdição estatal na medida em que seu julgador poderá se debruçar sobre as questões que lhe foram submetidas com mais atenção e, ainda assim, poderá prolatar uma decisão mais célere em todos os feitos sob sua condução, porquanto o rol deles será menor. Nesse sentido, a arbitragem acaba por prestigiar um dos baluartes do Estado Democrático de Direito já referido, a inafastabilidade do Poder Judiciário, vez que o acesso à Justiça torna-se mais efetivo.

É de se apontar, também, um maior prestígio à autonomia da vontade. Às partes do contrato, é atribuída a competência de escolher por quem eventual controvérsia relacionada a ele seja julgada. Veja-se que disso decorre uma maior confiança no que se vai decidir, pois os contratantes é que elegeram o árbitro, não

se sucedendo, potencialmente, ressalvas que seriam feitas pelas partes a uma sentença com origem de um órgão estatal.

Além dessas características já mencionadas, é notável, também, a potencialidade de uma maior qualidade técnica no fim da discussão do contrato pelo árbitro. Isso porque ao permitir às partes sua escolha, elas poderão eleger um expertise da matéria. Alguém com aprofundados conhecimentos técnicos da matéria para resolver o conflito.

Quem melhor que um comerciante de bovinos, por exemplo, para decidir suposto inadimplemento de um contrato de compra e venda desses semoventes? Da mesma forma, uma disceptação quanto a um acordo de entrega de uma tecnologia de uma empresa à outra, poderia ganhar melhor desfecho de alguém com formação jurídica clássica ou de outrem que seja especialista nessa tecnologia?

A verdade é que a tendência de uma melhor resolução dos conflitos nos casos acima aludidos é de que se dê nos casos apreciados pelo especialista. Muitas vezes, o conhecimento técnico sobre a matéria é requisito para a solução do conflito. Mais apto, portanto, estará o expertise a dirimir o entrave. O comerciante dos bovinos sabe a forma que costumeiramente se compram e vendem os bois. Ele também conhece as características de uma ou outra raça. Poderá, indubitavelmente, fazer um excelente juízo se determinado espécime foi entregue ou não na forma avençada. No mesmo diapasão, o técnico da tecnologia, no arbitramento, terá a sua disposição um rol de conhecimentos que lhe dará melhores condições na composição da lide.

Outra vantagem da arbitragem, com efeito, refere-se à rapidez com que se prolata a sentença. É possível verificar que o processo arbitral tem um período de tempo muito menor que um processo judicial. Enquanto que uma sentença pelas vias do judiciário pode levar anos a ser exarada, na arbitragem, em alguns meses, pode-se chegar a uma decisão com ânimo definitivo e imutável. Não é por outro motivo que diversas empresas vêm optando por essa forma de resolver eventuais controvérsias assistentes a seus contratos. Muitas vezes, não lhes é nem possível não retirar do judiciário a competência para apreciação de eventual impasse em prol de um órgão arbitral. Precisam de uma decisão rápida, com probabilidade de alto grau de tecnicidade, sob pena de insegurança jurídica no que cabe a seus acordos, circunstância que as leva, invariavelmente, à escolha pela instituição da arbitragem.

No que concerne à rapidez do processo arbitral, vale ainda frisar a parêmia universalmente aceita: tempo é dinheiro. Assim, ainda que os custos formais da arbitragem possam ser maiores que aqueles com os quais tem que se arcar no judiciário, no fim das contas, os custos de um processo arbitral podem se tornar muito mais interessantes que os desembolsados num processo estatal, tendo em vista o interregno temporal pelo qual se estenderão um processo e outro, a depender da via eleita para sua resolução. Quanto a essa vantagem, é possível observar, ainda, que, quanto maior o valor do bem da vida a ser entregue pelo fim do impasse, mais diluído estará o preço da arbitragem.

Por fim, ainda há uma questão que, não raras vezes, é fundamental para as partes e que poderá não ser angariada no Judiciário, em razão de seus julgamentos, via de regra, serem públicos: o sigilo do procedimento. Conquanto, na prática, esse aspecto possa ser objeto de crítica, conforme o faz Antônio Carlos Rodrigues do Amaral em seu artigo intitulado Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios, a verdade é que, mesmo ela sendo compatível com o que se observa nos procedimentos arbitrais, ainda assim, o sigilo do procedimento arbitral guarda importante relevância.

Referido professor leciona que, dadas as grandes possibilidades defensivas a serem levantadas no judiciário contra uma sentença arbitral, o sigilo do procedimento da arbitragem pode acabar ineficaz em razão de sua decisão poder ser alvo, por exemplo, de extenso rol de nulidades nesse poder¹. Em que pese esse fato, essa característica do processo arbitral, seu sigilo, ainda pode ser relevante vantagem em relação ao processo judicial quando as partes queiram afastar a publicidade do deslinde do impasse na medida em que no judiciário, via de regra, não poderão se utilizar desse expediente do processo arbitral.

¹ AMARAL, Antônio Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p.07.

2.3. A ARBITRAGEM FRENTE À UNIVERSALIDADE DA JURISDIÇÃO DO PODER JUDICIÁRIO

Muito se propalou a respeito de eventual violação ao inciso XXXV do art. 5º da Constituição pelo art. 18 da Lei de Arbitragem, in verbis, "O árbitro é juiz de fato e de direito, e a sentença que proferir não fica sujeita a recurso ou a homologação pelo Poder Judiciário".

O professor Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, entretanto, é categórico quanto à questão: "Uma apreciação ligeira do texto do referido comando normativo, pelo intérprete menos avisado, poderia levar a uma inadequada interpretação que culminasse por afrontar o inc. XXXV do art. 5º da Constituição Federal."² Ele deixa claro que, de forma nenhuma, o preceptivo impede posterior apreciação, pelo Judiciário, de uma sentença arbitral, mas a restringe à análise de aspectos formais ou, quanto à matéria, de eventual violação aos bons costumes ou à ordem pública. Dessa forma, verifica-se que o artigo 18 da Lei de Arbitragem alude a recurso em sua acepção estrita.

O fato, então, de a arbitragem fazer coisa julgada, com as ressalvas acima aludidas, obstando a reapreciação do mérito pelo Judiciário foi circunstância sobre a qual muito se perquiriu sobre uma suposta inconstitucionalidade, seja pelo mandamento constitucional da inafastabilidade do poder judiciário, seja pela, via de regra, inexistência do duplo grau de jurisdição no procedimento arbitral.

Quanto a essa questão, novamente, o professor traz à baila palavras esclarecedoras:

No mesmo sentido, o aspecto mais essencial do instituto em tela – e que lhe confere maior legitimidade e relação de pertinência com a questão debatida e as especificidades próprias dos casos concretos - é que a arbitragem deverá estar lastreada na *plena autonomia da vontade das partes*, no que se refere a direitos disponíveis. Assim sendo, da mesma forma que alguém é livre para contratar ou perdoar uma dívida, as relações conflituosas de origem contratual – e disponíveis - podem legitimamente ser decididas fora dos tribunais, abrindo mão, as partes, quanto à decisão do mérito, do recurso ao Poder Judiciário. Nunca é demais recordar que *quem pode o mais* (contratar uma obrigação ou perdoar uma dívida), *pode*, obviamente, o *menos* (abrir mão da disputa judicial, em troca da arbitragem). Do contrário, seria equivalente sustentar que as partes, sempre e necessariamente,

² AMARAL, Antônio Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 08.

deveriam litigar em juízo para resolução de uma controvérsia, o que em si também representa, mais uma vez, notório absurdo³.

Muito coerente a lição do professor. Verifique-se a anomalia que se constituiria, caso não se admitisse a arbitragem sem a possibilidade de recurso estrito ao judiciário: poder-se-ia, com a chancela do ordenamento jurídico, remitir uma dívida, mas não seria possível deslocar a competência de subsunção de norma ao ato jurídico em questão a um órgão independente do judiciário. Essa situação afrontaria a razão e feriria de morte a autonomia da vontade, que tem assente constitucional, em última instância, na liberdade estatuída no preâmbulo da Carta Magna como valor supremo do Estado Democrático de Direito Brasileiro e que foi reproduzida ao longo de todo seu bojo.

Ora, a arbitragem só é lícita quando é oriunda da vontade das partes. São elas que decidem sujeitar-se ou não a esse mecanismo de deslinde de impasse, quando tratam de direitos disponíveis, tornando-se evidente, assim, sua premissa: a liberdade contratual. Por essa razão, a doutrina atribui caráter contratual à cláusula de arbitragem. Também por esse motivo, a legislação pátria exige, por exemplo, requisito especial quando da instituição de arbitragem no corpo de contrato de adesão, a fim de evitar vícios de consentimento.

No que assiste ao duplo grau de jurisdição, instituto que foi utilizado também como argumento de questionamento da constitucionalidade da arbitragem, inicialmente, é válido anotar que a Lei de Arbitragem Brasileira não impede que se constituam um ou mais graus de revisão do mérito da sentença arbitral por órgão alheio ao judiciário. Assim, é lícito às partes, caso queiram, instituir uma forma de reexame dessa sentença que foi prolatada inicialmente dentro do processo arbitral. Não há que se falar, portanto, na violação do preceito constitucional do duplo grau de jurisdição.

Ademais, essa garantia constitucional, ela não tem que, necessariamente, ser exercida pela parte sucumbente. Cabe ao vencido exercer juízo de opção pelo duplo grau de jurisdição ou não. Em sendo assim, ainda que prejuízos tenham de ser suportados por ele, não lhe é imposta obrigação no sentido de recorrer da decisão que lhes deu origem. Da mesma forma, pois, pode o contratante da

³ AMARAL, Antônio Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 08.

arbitragem escolher ou não pela instituição de uma ou mais vias de revisão da sentença arbitral inicial.

Sobre a constitucionalidade ou suposta inconstitucionalidade da arbitragem por afronta à garantia da universalidade de jurisdição pelo poder judiciário, por equiparação de efeitos de seu laudo aos de sentença judicial, o impasse foi, definitivamente, resolvido pelo Supremo Tribunal Federal, em incidente de inconstitucionalidade, no processo de homologação de sentença estrangeira, que sofreu interposição de agravo regimental 5.206-7 de 2001, cujo relator foi o Ministro Sepúlveda Pertence. Passemos a verificá-lo.

1.Sentença estrangeira: laudo arbitral que dirimiu conflito entre duas sociedades comerciais sobre direitos inquestionavelmente disponíveis - a existência e o montante de créditos a título de comissão por representação comercial de empresa brasileira no exterior: compromisso firmado pela requerida que, neste processo, presta anuência ao pedido de homologação: ausência de chancela, na origem, de autoridade judiciária ou órgão público equivalente: homologação negada pelo Presidente do STF, nos termos da jurisprudência da Corte, então dominante: agravo regimental a que se dá provimento, por unanimidade, tendo em vista a edição posterior da L. 9.307, de 23.9.96, que dispõe sobre a arbitragem, para que, homologado o laudo, valha no Brasil como título executivo judicial.

[...] Mas a Lei de Arbitragem, coerente, o deixou expresso, ao prescrever, no art. 35, que "Para ser reconhecida ou executada no Brasil, a sentença arbitral estrangeira está sujeita, unicamente, à homologação do Supremo Tribunal Federal".

E sendo válida a equiparação legal, no plano interno, da sentença arbitral à judiciária, a fortiori, nada impede a outorga de qualificação de sentença ao laudo de arbitragem estrangeiro, de modo a admitir sua homologabilidade pelo Supremo Tribunal, para que, no foro, ganhe a eficácia própria das decisões judiciais.

Estou em que não há óbices constitucionais a que o fizesse a nova lei⁴ [...].

Nesse excerto do voto do Ministro Sepúlveda Pertence, conquanto ele tenha se proposto, especialmente, a resolver a questão da necessidade ou não da homologação do laudo arbitral estrangeiro pela autoridade judiciária alienígena ou seu órgão equivalente para poder, então, esse laudo, receber a chancela do Supremo Tribunal Federal, em consonância com a legislação da época, ele também sinalizou seu posicionamento a respeito da equiparação, no foro pátrio, do laudo arbitral à sentença judicial propriamente dita, questão cuja resolução ele considerou

⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP - Espanha – Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

necessária ao juízo de homologação ou não do laudo arbitral internacional sobre o qual se debruçava a corte.

A partir da sinalização de constitucionalidade da equiparação dos efeitos do laudo arbitral à sentença judicial, posição que foi acompanhada, pelos outros ministros, à unanimidade, de acordo com o que se verificará adiante, promovida pelo, então, novel diploma legal brasileiro de arbitragem, ele votou pela mudança da jurisprudência firmada na Suprema Corte, para homologar o laudo arbitral estrangeiro independentemente do aval judicial ou do órgão equivalente no país alienígena.

Essa mudança de jurisprudência, ele atribuiu, essencialmente, à modificação legislativa implantada pela Lei 9307/1996, que afastou, do ordenamento jurídico pátrio, a necessidade de homologação judicial de laudo arbitral interno, que vigorava até então. Considerando que ele entendeu constitucional referida mudança na lei, não havia mais que se perquirir, também, sobre a necessidade dessa chancela a laudo estrangeiro de arbitragem como requisito para sua homologação pelo Supremo Tribunal Federal, órgão competente, à época, para julgar esse tipo de ação.

Não bastasse essa cognição sobre a questão ser consequência imediata da equiparação dos efeitos do laudo arbitral aos da sentença judicial no ordenamento jurídico brasileiro, ele ainda alerta que, *coerente*, a Lei de Arbitragem Brasileira veiculou disposição expressa nesse sentido em seu preceptivo 35. Dessa sorte, não era mais possível se falar em homologação de laudo arbitral estrangeiro no país alienígena por sua autoridade judiciária ou equivalente como requisito de obtenção de eficácia desse título em terras tupiniquins.

Primordial é que se verifique, com especial atenção, a questão da equiparação dos efeitos do laudo arbitral aos de uma sentença judicial propriamente dita. A partir dessa modificação no ordenamento jurídico pátrio, possibilitou-se a dispensa da homologação judicial, ainda que expedido em foro interno, do laudo arbitral para ele operar seus efeitos.

No que assiste à modificação feita no direito brasileiro, com muita propriedade, o Ministro Sepúlveda Pertence, novamente, informou:

2. Laudo arbitral: homologação: Lei da Arbitragem: controle incidental de constitucionalidade e o papel do STF. A constitucionalidade da primeira das inovações da Lei da Arbitragem - a possibilidade de execução específica de

compromisso arbitral - não constitui, na espécie, questão prejudicial da homologação do laudo estrangeiro; a essa interessa apenas, como premissa, a extinção, no direito interno, da homologação judicial do laudo (arts. 18 e 31), e sua conseqüente dispensa, na origem, como requisito de reconhecimento, no Brasil, de sentença arbitral estrangeira (art. 35). A completa assimilação, no direito interno, da decisão arbitral à decisão judicial, pela nova Lei de Arbitragem, já bastaria, a rigor, para autorizar a homologação, no Brasil, do laudo arbitral estrangeiro, independentemente de sua prévia homologação pela Justiça do país de origem. Ainda que não seja essencial à solução do caso concreto, não pode o Tribunal - dado o seu papel de "guarda da Constituição" - se furtar a enfrentar o problema de constitucionalidade suscitado incidentalmente (v.g. MS 20.505, Néri).

[...] A segunda inovação, de interesse decisivo no caso, é a equiparação, no plano de direito interno, dos efeitos da sentença arbitral aos da sentença judiciária - incluída a formação de título executório, se condenatório o laudo - independentemente de homologação judicial (art. 31).

Certo, não se subtrai ao Judiciário a verificação da nulidade do laudo, por um dos vícios enumerados no art. 32: a nulidade, contudo, deve ser demandada em procedimento ordinário (art. 33, § 2º) ou, havendo sentença de execução arbitral, argüida mediante embargos do devedor, "**conforme o art. 741 do C.Pr.Civil**" (art. 33, §3º), ou seja, nos mesmos termos prescritos para os embargos à execução fundada em sentença⁵.

Nessa parte do voto, o ministro deixa clara a inovação mais importante da Lei 9.307/1996: assimilara-se o laudo arbitral à sentença judicial, ficando dispensada sua homologação pelo Judiciário como, alhures, exigia-se. A verdade é que a mudança operou genuína transformação no ordenamento jurídico brasileiro, implicando a quase exigência que a Suprema Corte debruçasse-se sobre ela a fim de lhe atribuir *status* de constitucionalidade ou refutá-la, ainda que com efeitos *inter partes*. Instaurou-se, pois, nos autos de homologação de sentença estrangeira, incidente de inconstitucionalidade sobre essa matéria que, finalmente, veio a consubstanciar a alteração legislativa realizada, dado que se a declarou constitucional. Verifique-se o que o Ministro Sepúlveda Pertence ressaltou sobre uma eventual inconstitucionalidade da inovação legislativa:

Não creio que - com relação às primeiras - as sentenças arbitrais brasileiras - à sua equiparação às sentenças judiciais se possa opor a garantia constitucional da universalidade da Jurisdição do Poder Judiciário⁶.

⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP - Espanha - Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP - Espanha - Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

No mesmo diapasão, foi a manifestação da Procuradoria Geral da República, em oportunidade que lhe coube falar:

Penso ainda que a Lei nº 9.307/96 guarda completa harmonia com as garantias e direitos assegurados pela Constituição Federal, especialmente com o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, inscrito no art. 5º, inciso XXXV. Essa norma constitucional assegura a todos o acesso à justiça nas hipóteses de lesão ou ameaça a direito, que pode se concretizar através do ajuizamento de ação judicial. Isto não significa, contudo, que as pessoas físicas ou jurídicas estão obrigadas a ingressar em juízo toda vez que seus direitos subjetivos são afrontados por outrem, pois o princípio garante o direito de ação, não o impõe. O direito de ação, à luz do princípio da autonomia das vontades, representa uma "faculdade inerente à própria personalidade", não um dever (vide CÂNDIDO RANGEL DINAMARCO, in Execução Civil, Malheiros Editores, 4ª ed, p. 364)⁷.

Com técnica do direito processual civil, o Procurador-Geral da República demonstrou, cabalmente, que o laudo arbitral, cujos efeitos tinham sido equiparados aos da sentença judicial, não infringe a Carta Maior, especialmente seu art. 5º, inciso XXXV, na medida em que o direito à ação é uma faculdade e não uma obrigação, quando, ao sujeito, restar-lhe violado qualquer bem.

Em interpretação ao inciso XXXV do art. 5º da Carta da República, ele prossegue:

O que o princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional estabelece é que a "a lei não excluirá do poder Judiciário lesão ou ameaça a Direito". Não estabelece que as partes interessadas não excluam da apreciação judicial suas questões ou conflitos. Não determina que os interessados devem sempre levar ao Judiciário suas demandas. Se se admite como lícita a transação relativamente a direitos substanciais objeto da lide, não se pode considerar violência à Constituição abdicar do direito instrumental de ação através de cláusula compromissória. E, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, não somente é lícito e constitucional, mas é também recomendável aos interessados – diante do acúmulo de processos e do formalismo excessivo que tem gerado a lentidão das demandas judiciais – abdicarem do direito ou do poder de ação e buscarem a composição do conflito por meio de sentença arbitral cujos efeitos sejam idênticos àqueles das decisões prolatas pelo poder Judiciário⁸.

⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP - Espanha – Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

⁸ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP - Espanha – Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

Finalmente, destaca-se importante parte da manifestação ainda do Procurador-Geral da República no referido incidente de inconstitucionalidade, em que ele faz um exame de uma maneira global acerca do então novel diploma legal de arbitragem, ao qual não seria razoável se fazer qualquer ressalva:

E quanto ao controle jurisdicional de lesão ou ameaça a direitos, é de se observar que a Lei nº 9.307/96, na verdade, o prestigia nos seus arts. 6º, 7º, 32, 33, 38 e 39, nas hipóteses de recalcitrância em firmar compromisso, nulidade ou invalidade do juízo arbitral e ofensa à ordem jurídica nacional. O legislador ordinário permitiu, de um lado, a pacificação de determinados conflitos de interesses sem a intervenção estatal, mediante compromisso arbitral, com nítidas vantagens para os interessados, e, de outro, garantiu o livre acesso ao Poder Judiciário àqueles que tiverem direitos violados por inobservância das regras fixadas para a arbitragem⁹.

Verifica-se, pois, a partir do *writ* retroaludido, importante relevância da arbitragem, chancelada como jurisdição privada, porquanto contribui de maneira significativa com a desobstrução do Judiciário sem macular nenhuma garantia constitucional. Pelo contrário, favorece o acesso à Justiça e prestigia a liberdade, alçada ao rol de valor supremo do Estado Democrático de Direito Brasileiro, em consonância com a parte vestibular da Carta da República, da qual decorre, inclusive, o princípio da autonomia da vontade. Vai ao encontro, ainda, do novel princípio da Administração Pública inscrito no art. 37 da Constituição Federal, o da eficiência, por todas as razões que se expuseram até aqui.

Destaca-se a lição de Antônio Carlos Rodrigues do Amaral, em comentários realizados ao *status* de constitucionalidade recebido pela então novel Lei nº 9.307/1996, a partir do incidente de inconstitucionalidade na homologação de sentença estrangeira nº 5.206 pela Suprema Corte Brasileira, no fim de 2001: *"Assim, a arbitragem, como solução alternativa aos tribunais judiciais para o contencioso envolvendo direitos disponíveis, normalmente em matéria contratual, ganhou foros de legalidade, abrangência e eficácia no Brasil"*¹⁰.

Com efeito, sucedeu-se genuína mudança de paradigma no Brasil no que assiste a essa jurisdição privada, a saber, sua independência frente à jurisdição estatal, por meio da dispensa da homologação judicial ao laudo arbitral. Referido

⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP - Espanha – Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em : <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

¹⁰ AMARAL, Antônio Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 09.

marco precisava, pois, em grande parte à tradição histórica nacional concernente ao tema, ser avalizado pela jurisprudência no sentido de que a inovação legislativa realizada pela Lei de Arbitragem Brasileira não havia afrontado garantias constitucionais.

O Supremo Tribunal Federal, ainda que não o tenha feito em controle concentrado de constitucionalidade, em *writ* que inaugurou nova era para a arbitragem no Brasil, revestiu as alterações implantadas pela Lei 9.307/1996, especialmente no que se refere à dispensa de homologação judicial de laudo arbitral, com o manto da legalidade, acarretando, assim, segurança jurídica quanto à questão. Consagrava-se, portanto, a jurisdição privada no país, em se tratando de direitos patrimoniais disponíveis, com intelecção de que, ao contrário do que se podia interpretar num juízo mais superficial, o instituto vinha a prestigiar garantias constitucionais e contribuir com o acesso efetivo à justiça, uma vez que possibilitaria a composição de conflitos por via alternativa ao Judiciário e dele retiraria, qual consequência lógica, essas lides.

2.4. DA ARBITRABILIDADE SUBJETIVA

Quando se fala em arbitrabilidade, diz-se acerca da aptidão para a arbitragem. Arbitrabilidade subjetiva, considerando que o vocábulo qualificador do substantivo refere-se a sujeito, refere-se a quem pode (está apto) a convencionar a arbitragem.

Quem traz essa resposta é o artigo I da Lei 9.307/1996, *in verbis*: "*Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis*". Dessa forma, verifica-se que o único requisito quanto à parte para que ela possa avençar a arbitragem é que ela disponha de capacidade para contratar.

Essa capacidade para contratar remonta ao direito civil, isto é, a capacidade aludida no primeiro preceptivo do diploma legal 9.307/1996 não foge às regras do direito comum¹¹. Assim, pode contratar, o que significa dizer que pode acordar

¹¹ LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.p. 74.

arbitragem, no que assiste às pessoas naturais, *quem não seja absoluta ou relativamente incapaz*.

Quanto às pessoas não naturais, aquelas que detêm personalidade jurídica por, obviamente, ter capacidade contratual, também podem convencionar arbitragem ou, mesmo que sem personalidade, os entes despersonalizados, ainda assim, sua avença de arbitragem ser-lhes-á válida e eficaz quando gozarem de capacidade de estar em juízo¹².

Questão que se coloca fundamental para este trabalho agora é sobre a qual se passa a abordar. Vistas as pessoas de direito privado que podem convencionar a arbitragem, a pergunta que se erige é: as pessoas jurídicas de direito público podem se utilizar de um instituto tipicamente privado, a arbitragem, para compor seus conflitos? Sobre o tema, passa-se a discutir.

José Carlos de Magalhães, em obra de 1988, intitulada *Do Estado na Arbitragem Privada*, já descrevia a factibilidade da arbitragem pelo Estado, fosse em seus acordos com particulares, fosse em suas relações com outros Estados. Impressiona que, ainda hoje, seja possível verificarem-se entraves ao uso desse instituto pela Administração Pública Brasileira.

Bastante esclarecedora a lição do autor no que concerne à arbitragem entre Estados. Apontava ele:

As controvérsias entre Estados ou entre estes e organizações internacionais são regidas pelo direito internacional público e, assim, resolvidas por algumas das formas de solução de litígios consagrados na Carta da ONU, quais sejam, as negociações diretas, os bons ofícios, a mediação, a conciliação, as investigações por comissões estabelecidas para esse fim e a arbitragem, sem se mencionar a solução judiciária¹³.

Continuava:

A arbitragem entre Estados desenvolve-se pela aplicação de normas de direito internacional público, que preveem a sua instituição mediante a assinatura de *compromisso* arbitral específico para dirimir determinado litígio, sob procedimentos e métodos nele estabelecidos pelas partes.

Constituem instrumentos basilares da arbitragem entre Estados:

A Convenção de Haia sobre solução pacífica de controvérsias, 18 de outubro de 1907, que criou a Corte Permanente de Arbitragem;

O Tratado Geral Interamericano de Arbitragem, de 5 de janeiro de 1929;

¹² PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitrabilidade: conceito e limites. In: MOTTA JÚNIOR, Aldemar et al. **Manual de arbitragem para advogados**. OAB – Conselho Federal, 2015. p. 51.

¹³ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 29.

O Tratado Interamericano de Solução Pacífica de Litígios, aprovado pela Conferência de Bogotá, de 1951;
As Normas Padrão de Procedimento Arbitral, de 1958, adotadas pela Comissão de Direito Internacional e aprovadas pela Assembléia Geral da ONU (Res. 1262, XIII, Nov. 14, 1958)¹⁴.

A partir desse magistério, constata-se que o instituto da arbitragem nunca foi figura jurídica estranha ao Estado. Pelo contrário: historicamente, utilizou-se-a como alternativa à jurisdição estatal, que, muito provavelmente, não daria conta de resolver controvérsias entre Estados soberanos, porquanto ela estaria comprometida em razão de, primeiro, um possível prejuízo à soberania de um Estado quando de seu manuseio e, segundo, de a imparcialidade da jurisdição correr risco relevante por, obviamente, uma das partes poder dizer e executar o direito em face da outra.

Levando-se em consideração essas circunstâncias, pode-se inferir, inclusive, o motivo pelo qual a Carta da Organização das Nações Unidas, aludida por Magalhães, deixou de elencar a jurisdição convencional como meio de dirimir controvérsias entre Estados Soberanos. No que concerne a esse aspecto, Eros Roberto Grau, em brilhante magistério, ensina:

A idéia de jurisdição surge associada a uma outra, a de poder. Antes de mais nada, jurisdição é poder. Poder de fazer atuar a vontade concreta da lei, poder de sancionar, poder de expropriar, enfim, poder de transformar o direito em ato.

Assim, quando se diz que determinado sujeito goza de imunidade em relação à jurisdição estrangeira, o que se pretende dizer, em verdade, é que esse sujeito não pode ser julgado, sancionado ou expropriado por um poder alienígena.

Nesse sentido, *imunidade de jurisdição* é a afirmação de soberania de independência em relação a um outro poder, reflexo da antiga regra feudal *par in parem non debet imperium*.

O poder de império de cada Estado importa em ele seja soberano tanto quanto os outros Estados. Nada justificaria, em direito internacional público, que a um deles fosse atribuído o incontestável poder de julgar, sancionar ou expropriar o outro. Dessa circunstância decorre a imunidade de que ora trato¹⁵.

Revela-se, no trecho de artigo do ex-presidente do Supremo Tribunal Federal, o que, em direito público internacional, chama-se imunidade jurisdicional, prerrogativa que detêm os Estados pela qual não se os pode sujeitar à qualquer

¹⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 29-30.

¹⁵ GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 814

jurisdição a sua revelia. Dessa sorte, colhe-se que o instituto da arbitragem, com a concepção contemporânea de soberania estatal que remonta ao medievo, não só não é incompatível com o direito publicista dos ordenamentos jurídicos modernos como auferiu importante relevância no deslinde de controvérsias entre Estados já que prejudicada a jurisdição.

Em relação ao ordenamento jurídico pátrio, José Carlos de Magalhães traz à baila, a título de exemplo, o Tratado de Arbitragem Permanente, de 07 de setembro de 1905, entre Brasil e Argentina¹⁶. Essas regras que estabeleciam, de forma expressa, o uso da arbitragem pelo Estado Brasileiro já confrontavam veementemente com a doutrina que indicava a impossibilidade de sua opção por ele, ainda que ela se reportasse, exclusivamente, a sua utilização em foro interno.

Diante dessa circunstância, o que se verifica é que, em verdade, a arbitragem, em se tratando de seu manuseio pelo próprio Estado, é uma opção de seu legislador, compatível com as relações jurídicas por ele estabelecidas, sejam externas, sejam internas. Ademais, não merece destaque a diferenciação absoluta das relações jurídicas externas do Estado Brasileiro de suas relações jurídicas internas a fim de concluir pela possibilidade do juízo privado naquelas em detrimento dessas. Afigura-se, tanto para as primeiras quanto para as segundas, o mesmo instituto – a arbitragem.

Por conseguinte, considerando sua origem contratual, de acordo com o que anota o professor Eros Roberto Grau, "*Ao contrário da jurisdição, a arbitragem não encontra fundamento na força do Estado, ou em um poder soberano. Estrutura-se, antes, em compromisso celebrado pelas partes. Sua origem, portanto, é contratual*"¹⁷, não há circunstância de fato ou de direito relevante que infirme, por um lado, a possibilidade de sua contratação em relações jurídicas público-internacionais e, de outro, sua impossibilidade em contratos que envolva a mesma parte, o Estado, mas em âmbito interno.

Nesse mesmo diapasão, a conclusão pela impossibilidade da arbitragem pela Administração Pública Brasileira, representação do Estado Brasileiro em sede interna, iria de encontro ao fundamento constitucional da igualdade, que rege todo o

¹⁶ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 30.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 814.

ordenamento jurídico brasileiro, inclusive em sua seara pública, ainda que se estabeleçam institutos próprios a esse nicho decorrentes de seu interesse maior em relação aos objetivos individuais, mas o fazendo em consonância com sua estrita necessidade, de sorte a não macular essa isonomia.

Nessa linha, a doutrina majoritária não alça todos os acordos envidados pela Administração Pública Brasileira ao mesmo lugar, diferenciando-os em contratos privados da Administração e contratos administrativos, que indicariam uma maior ou menor predominância do regime publicista e do direito comum nessas avenças, de forma que, em seus acordos privados suas prerrogativas oriundas de seu interesse maior ao individual estariam mitigadas, sob pena de restar afetado o fundamento constitucional da igualdade. Destarte, admitindo-se que, em dada extensão de um contrato, a Administração Pública age nas mesmas condições do particular, negar-lhe instituto jurídico que é permitido ao terceiro constituiria aberração jurídica.

Ainda na década de 80, José Carlos de Magalhães já esposava entendimento pela não vedação da arbitragem à Administração Pública em contratos com terceiro, particular, de acordo com o que se observa: "*Assim sendo, reconhece-se a plena capacidade do Estado brasileiro de submeter-se à arbitragem interna e internacional [...]'*"¹⁸. Como parte das razões que compunham sua defesa pela possibilidade do uso do instituto, em sedes interna e externa, ele, entre seus exemplos, trazia o caso da Organização Lage.

Segundo o autor, referido caso caracterizou-se pela incorporação, por meio do Decreto-Lei n.º 4.648/1942, ao erário, do patrimônio da Organização Lage e do espólio de Henrique Lage, que guardava *valioso conjunto aproveitável no interesse da defesa nacional*. Os bens foram à hasta pública a fim de adimplemento de débitos da empresa com a União, com restituição do saldo aos proprietários. Em protesto judicial realizado por eles, propôs-se juízo arbitral, instituído, finalmente, com a edição do Decreto-Lei nº 9.521/1946, em forma diversa àquela pugnada, inicialmente, pelos particulares¹⁹.

Sucedeu-se que, com a mudança de governo, o Procurador Geral da Fazenda, Haroldo Renato Ascoli, atendendo à orientação recebida, manifestou-se pela inconstitucionalidade do juízo arbitral, servindo como sustentáculo essa

¹⁸ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 109.

¹⁹ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 106.

manifestação a que o Ministro da Fazenda solicitasse envio de nova mensagem ao Congresso a fim de impedir o pagamento do valor arbitrado como indenização aos particulares para o qual já se lhe solicitara crédito, depois do reconhecimento, pela União, sob o governo anterior, do laudo que a condenara. Dado que a última mensagem foi aprovada pela Câmara dos Deputados, a questão foi parar no judiciário²⁰.

Em primeira instância, o extinto Tribunal Federal de Recursos, a pretensão dos sucessores dos Lage mereceu procedência, sob os argumentos de que o juízo arbitral, no Brasil, era constitucional; que a União poderia sim a ele se sujeitar; e que a arbitragem dispunha de natureza consensual²¹. José Carlos de Magalhães frisou excerto do voto do relator, Ministro Godoy Ilha, que examinou a historicidade do instituto no Brasil e a possibilidade de o Estado a ele se submeter. Observe-se:

Juízo Arbitral – Na tradição de nosso direito, o instituto do Juízo Arbitral sempre foi admitido e consagrado, até mesmo nas causas contra a Fazenda. Pensar de modo contrário é restringir a autonomia contratual do Estado, que, como toda pessoa "sui juris", pode prevenir o litígio pela via do pacto de compromisso, salvo nas relações em que age como Poder Público, por insusceptíveis de transação²².

Em grau de recurso, o Supremo Tribunal Federal ratificou a decisão da corte *a quo*, em aresto do qual Magalhães destacou:

não ser possível a interdição do Juízo Arbitral, mesmo nas causas contra a Fazenda, o que importa numa restrição à autonomia contratual do Estado que, como toda pessoa "sui juris", pode prevenir o litígio, pela via transacional, não se lhe podendo recusar esse direito, pelo menos na sua relação de natureza contratual ou privada, que só esta pode comportar solução, pela via arbitral, dela excluídas aquelas em que o Estado age como Poder Público que não podem ser objeto de transação²³.

Para o autor, a decisão, que havia sido tomada por unanimidade, ilidia, de forma absoluta, quaisquer dúvidas que se pudessem levantar a respeito da

²⁰MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 107.

²¹MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 108.

²²MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 108.

²³MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 109.

possibilidade de a União convencionar arbitragem para afirmar, categoricamente, sobre seu cabimento²⁴.

Em abordagem mais recente, fim da década de 90 e começo deste século, é possível verificar, a despeito do reconhecimento de que instituto dispunha como mecanismo apto à resolução de conflitos estatais, em nível internacional, entre Estados, que parte da doutrina nacional rechaçava-o quanto a seu cabimento em sede interna, tendo em vista: i) quer a legalidade à qual está vinculada a Administração Pública, nesse sentido, afirmando que não havia disposição expressa para o uso da arbitragem entre ela e particular; e ii) quer por considerar a indisponibilidade do interesse perseguido por ela.

Na parte que cabe à possível violação ao princípio da legalidade ao qual a Administração Pública brasileira está adstrita ao se considerar válida cláusula compromissória de arbitragem entabulada por ela e particular, o argumento era alheio à legislação pátria, porque o artigo I da Lei de Arbitragem de 1996 estabeleceu, desde sua gênese, no que se refere ao sujeito, unicamente, o requisito da capacidade de contratar. Tendo a Administração Pública brasileira capacidade de fato, podia ela, com efeito, avençar cláusula de arbitragem. No que assiste à indisponibilidade do interesse público, erigido ainda hoje qual óbice à opção pelo juízo privado pela Administração Pública, será tratado no capítulo subsequente deste trabalho.

Desse modo decidiu, à unanimidade, a primeira seção do Superior Tribunal de Justiça, em 2008, em mandado de segurança impetrado por particular contra ato do Ministro de Estado da Ciência e Tecnologia que ratificava os termos da rescisão contratual procedida pela Nuclebrás Equipamentos Pesados S/A - NUCLEP, em 14 de junho de 2004, para, na forma do art. 80 da Lei 8.666/1993, assumir o objeto do contrato e ocupar seu local de execução, conforme se vislumbra abaixo:

ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. PERMISSÃO DE ÁREA PORTUÁRIA. CELEBRAÇÃO DE CLÁUSULA COMPROMISSÓRIA. JUÍZO ARBITRAL. SOCIEDADE DE ECONOMIA MISTA. POSSIBILIDADE. ATENTADO.

[...] 5. Questão gravitante sobre ser possível o juízo arbitral em contrato administrativo, posto relacionar-se a direitos indisponíveis.

6. A doutrina do tema sustenta a legalidade da submissão do Poder Público ao juízo arbitral, calcado em precedente do E. STF, in litteris: "Esse fenômeno, até certo ponto paradoxal, pode encontrar inúmeras explicações,

²⁴ MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988. p. 109.

e uma delas pode ser o erro, muito comum de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo quanto se puder associar, ainda que ligeiramente, à Administração."Um pesquisador atento e diligente poderá facilmente verificar que não existe qualquer razão que inviabilize o uso dos tribunais arbitrais por agentes do Estado. Aliás, os anais do STF dão conta de precedente muito expressivo, conhecido como 'caso Lage', no qual a própria União submeteu-se a um juízo arbitral para resolver questão pendente com a Organização Lage, constituída de empresas privadas que se dedicassem a navegação, estaleiros e portos. A decisão nesse caso unanimemente proferida pelo Plenário do STF é de extrema importância porque reconheceu especificamente 'a legalidade do juízo arbitral, que o nosso direito sempre admitiu e consagrou, até mesmo nas causas contra a Fazenda.' Esse acórdão encampou a tese defendida em parecer da lavra do eminente Castro Nunes e fez honra a acórdão anterior, relatado pela autorizada penado Min. Amaral Santos. Não só o uso da arbitragem não é defeso aos agentes da administração, como, antes é recomendável, posto que privilegia o interesse público." (in "Da Arbitrabilidade de Litígios Envolvendo Sociedades de Economia Mista e da Interpretação de Cláusula Compromissória", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, Editora Revista dos Tribunais, Ano 5, outubro - dezembro de 2002, coordenada por Arnold Wald, esclarece às páginas 398/399).

[...] 12. As sociedades de economia mista, encontram-se em situação paritária em relação às empresas privadas nas suas atividades comerciais, consoante leitura do artigo 173, § 1º, inciso II, da Constituição Federal, evidenciando-se a inocorrência de quaisquer restrições quanto à possibilidade de celebrarem convenções de arbitragem para solução de conflitos de interesses, uma vez legitimadas para tal as suas congêneres.

13. Outrossim, a ausência de óbice na estipulação da arbitragem pelo Poder Público encontra supedâneo na doutrina clássica do tema, verbis: (...) Ao optar pela arbitragem o contratante público não está transigindo com o interesse público, nem abrindo mão de instrumentos de defesa de interesses públicos. Está, sim, escolhendo uma forma mais expedita, ou um meio mais hábil, para a defesa do interesse público. Assim como o juiz, no procedimento judicial deve ser imparcial, também o árbitro deve decidir com imparcialidade, o interesse público não se confunde com o mero interesse da Administração ou da Fazenda Pública; o interesse público está na correta aplicação da lei e se confunde com a realização correta da Justiça." (No sentido da conclusão Dalmo Dallari, citado por Arnold Wald, Atílios Gusmão Carneiro, Miguel Tostes de Alencar e Ruy Janoni Doutrado, em artigo intitulado "Da Validade de Convenção de Arbitragem Pactuada por Sociedade de Economia Mista", publicado na Revista de Direito Bancário do Mercado de Capitais e da Arbitragem, nº 18, ano 5, outubro-dezembro de 2002, à página 418).

[...] A arbitragem se revela, portanto, como o mecanismo adequado para a solução da presente controvérsia, haja vista, tratar-se de relação contratual de natureza disponível, conforme dispõe o artigo 1º, da Lei 9.307/96: "as pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a direitos patrimoniais disponíveis."

22. Ex positis, concedo a segurança, para confirmar o teor da liminar dantes deferida, em que se determinava a conservação do statu quo ante, face a sentença proferida pelo Juízo da 42ª Vara Cível da Comarca do Rio de Janeiro, porquanto o presente litígio deverá ser conhecido e solucionado por juízo arbitral competente, eleito pelas partes²⁵.

²⁵ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11308/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília 19 de maio de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 12 maio. 2017.

Com referido aresto, a corte superior de justiça, pela sua primeira seção, reconheceu, já sob o vigor da Lei 9.307/1996, a validade da sujeição da Administração Pública Brasileira a juízo arbitral, reafirmando a jurisprudência histórica do país, para submeter o litígio que envolvia entidade da Administração indireta à arbitragem, em consonância com cláusula contratual compromissória por ela avençada.

Ademais, vários dispositivos legais, antes da promulgação da Lei 13.129/2015, autorizavam, de forma expressa, a utilização da arbitragem pela Administração Pública. A lei 8.987 de 1995, que dispõe acerca da concessão e permissão de serviços públicos, traz, em seu preceptivo 23-A, incluído pelo diploma legal 11.196/2005:

Art. 23-A. O contrato de concessão poderá prever o emprego de mecanismos privados para resolução de disputas decorrentes ou relacionadas ao contrato, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996.

A lei 9.748 de 1997, que trata da política energética nacional, prevê, no inciso X do artigo 43:

Art. 43. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais: [...] X - as regras sobre solução de controvérsias, relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem internacional.

A Lei 10.233 de 2001, que se refere à reestruturação dos transportes aquaviário e terrestre, estipula, em seu dispositivo 35, inciso XVI,

Art. 35. O contrato de concessão deverá refletir fielmente as condições do edital e da proposta vencedora e terá como cláusulas essenciais, ressalvado o disposto em legislação específica, as relativas a (Redação dada pela Lei nº 12.815, de 2013):

XVI – regras sobre solução de controvérsias relacionadas com o contrato e sua execução, inclusive a conciliação e a arbitragem.

Por fim, consta, ainda, da lei 11.079 de 2004, que instituiu regras gerais para licitação e contratação de parceria público-privada no âmbito da administração pública, a seguinte norma:

Art. 11. O instrumento convocatório conterá minuta do contrato, indicará expressamente a submissão da licitação às normas desta Lei e observará, no que couber, os §§ 3o e 4o do art. 15, os arts. 18, 19 e 21 da Lei n 8.987, de 13 de fevereiro de 1995, podendo ainda prever:

III – o emprego dos mecanismos privados de resolução de disputas, inclusive a arbitragem, a ser realizada no Brasil e em língua portuguesa, nos termos da Lei no 9.307, de 23 de setembro de 1996, para dirimir conflitos decorrentes ou relacionados ao contrato.

Dessa forma, verifica-se que, deveras, o instituto da arbitragem é compatível com a Administração Pública, sendo possível encontrar, mesmo antes da Lei 13.129/2015, diversas disposições legais estabelecendo o equivalente jurisdicional privado como mecanismo apto à resolução de conflitos estatais com particulares nas circunstâncias dos diplomas aludidos, infirmando-se, pois, o fato de que a presença do Estado brasileiro em acordos com particulares não lhes elide, por si só, a possibilidade de envide de juízo arbitral.

O legislador, conquanto já fosse válida a arbitragem entre a Administração Pública e terceiro particular, tendo em vista as razões expostas pela doutrina que refutava a possibilidade de sua sujeição a câmara arbitral e em busca de maior segurança jurídica no que cabe à questão, modificou a Lei 9.307/1996, no ano de 2015, por meio da Lei 13.129, acrescentando-lhe o parágrafo 1º, que assim se expressa: "*§ 1º A administração pública direta e indireta poderá utilizar-se da arbitragem para dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis*".

Com essa alteração legislativa, foi a descalabro o argumento de que a Administração Pública brasileira não poderia convencionar cláusula compromissória de arbitragem por ausência de previsão legal, em homenagem ao princípio da legalidade estrita a que se subordina, afastando-se, de vez, o mito de que sua presença, por si só, em razão da indisponibilidade do interesse público, afetaria todo o objeto de seus contratos e, qual consectário lógico, impedi-la-ia, de forma absoluta, em firmar avença para se sujeitar a juízo arbitral.

Diante disso, demonstrada a possibilidade de a Administração Pública Brasileira engendrar cláusula de submissão a juízo privado em suas relações contratuais com particulares, passa-se a examinar o que, efetivamente, pode ser objeto de convenção de arbitragem por ela.

3. O ALCANCE DA ARBITRAGEM NOS CONTRATOS FIRMADOS PELA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

3.1. ARBITRABILIDADE OBJETIVA NOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Visto o atendimento do requisito subjetivo de convenção de equivalente jurisdicional pela Administração Pública brasileira, erige-se questão que enseja ainda mais dúvidas na doutrina e jurisprudência nacionais: o que pode ser objeto de arbitragem por ela, considerando a incidência do regime de direito público a que se submete e, por consequência, a incidência da indisponibilidade do interesse público e de sua supremacia frente ao privado.

Novamente, tem-se que arbitrabilidade refere-se à aptidão para a arbitragem. Arbitrabilidade objetiva, portanto, considerando que o vocábulo qualificador do substantivo refere-se a objeto, diz respeito ao que (objeto) pode ser arbitrável.

Quem traz essa resposta é o artigo I da Lei 9.307/1996, a seguir transcrito: "Art. 1º As pessoas capazes de contratar poderão valer-se da arbitragem para dirimir litígios relativos a **direitos patrimoniais disponíveis** (grifo nosso). A Lei de Arbitragem Brasileira, por conseguinte, estabelece dois requisitos referentes ao objeto para que se lhe possa convencionar arbitragem: I – patrimonialidade; e II – disponibilidade. Assim, o direito precisa ser patrimonial e disponível para ser submetido a um juízo privado.

No que assiste ao primeiro requisito, a patrimonialidade, alude-se a bem que pode ser aferido monetariamente, que dispõe, assim, de valor econômico. Não são patrimoniais, nesse sentido, direitos ligados a pessoas físicas, qual o direito à nacionalidade e naturalidade, o direito à vida, o direito à integridade física ou corporal, os relativos ao estado (solteiro, viúvo, casado) e os referentes à incapacidade para atos da vida civil ²⁶.

²⁶ BATISTA, Pedro A. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 260.

No que cabe à disponibilidade dos bens, alerta Pedro Martins que as coisas fora do comércio não são disponíveis. Continua: "Tratam-se de bens que, por sua própria característica, não podem ser apropriados como um todo (v.g., mar, luz, ar) ou, de qualquer forma, alienados"²⁷

Dessa forma, na esfera privada, o professor Martins aponta como indisponíveis os bens de família e aqueles gravados com cláusula de inalienabilidade. Na seara pública, ele cita os bens de uso comum do povo, tais como ruas, estradas e praças, e os de uso especial, quais edifícios e terrenos com destinação a serviço ou estabelecimento da Administração Pública direta e autárquica²⁸.

Detém-se, a partir de agora, ao cerne deste capítulo, que se constituirá em dizer se o bem é disponível ou indisponível no direito público nacional, tendo em vista que é matéria que, ainda hoje, apresenta as maiores confusões conceituais e que não se constatam dificuldades relevantes acerca do requisito da patrimonialidade do objeto para se lhe avançar juízo arbitral.

3.2. DA INDISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

Parte minoritária da doutrina, todavia com expoentes como Celso Bandeira de Mello, Lúcia Valle Figueiredo e Ricardo Marcondes Martins, entende que, em razão do interesse público indisponível, que faz dos bens da Administração Pública res extra commercium, não seria possível, nos contratos administrativos em geral, admitir-se mecanismo de heterocomposição de lide que não fosse o juízo estatal²⁹.

Lúcia Valle Figueiredo, de acordo com Silvia de Lima Hilst, propagava a inocorrência absoluta da possibilidade de a Administração Pública convencionar cláusula de arbitragem. Justificava sua lição, porque, segundo ela, entre outros

²⁷ BATISTA, Pedro A. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 260.

²⁸ BATISTA, Pedro A. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 260.

²⁹ HILST, Silvia de Lima. Arbitragem na Administração Pública: O Caso das Parcerias Público-Privadas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 328.

motivos, o instituto destinava-se a direitos disponíveis, não podendo, pois, compor lides com a presença do Estado em razão da indisponibilidade de seu interesse³⁰.

Soma-se a essa escola, também, consoante Eugenia Cristina Cleto Marolla, Ricardo Marcondes Martins, para quem, o manuseio de equivalente jurisdicional pela Administração Pública não se afigura possível por lhe exigir, como requisito objetivo, bem disponível, que, conceitualmente, ela não tem. Sustenta sua lição no fato de que o interesse público secundário só é juridicamente reconhecido na hipótese de ser idêntico ao primário. Assim, não poderia dispor dos interesses secundários, porquanto reconhecidos pelo direito. Concluindo, afirma que ou o direito é primário e, portanto, indisponível ou não o é, do que resultaria a impossibilidade de ser buscado pelo Estado³¹.

No que assiste ao entendimento do professor Celso Antônio Bandeira de Mello, ele indica, conforme Silvia de Lima Hilst, a inconstitucionalidade de dispositivos legais que estabelecem a possibilidade de convenção de arbitragem em contratos administrativos, trazendo à baila, por exemplo, o inciso III do artigo 11 da Lei 11.079/2004, Lei de Parceria Público-Privada, que prevê a observância do emprego de mecanismos privados para resolução de conflitos, inclusive arbitragem, para resolver controvérsias oriundas do contrato da parceria público-privada envidada pela Administração Pública com o particular, ressaltando:

Não é possível perante a Constituição que particulares, árbitros, como suposto no art. 11, III, possam solver contendas nas quais estejam em causa interesses concernentes a serviços públicos, os quais não se constituem em bens disponíveis, mas indisponíveis, coisas 'extra commercium'. Tudo que diz respeito ao serviço público, portanto, condições de prestação, instrumentos jurídicos composto em vista deste desiderato, recursos necessários para bem desempenhá-los comprometimentos destes mesmos recursos, são questões que ultrapassam por completo o âmbito decisório de particulares. Envolvem interesses de elevada estatura, pertinentes à Sociedade como um todo e, bem por isto, quando suscitarem algum quadro conflitivo entre partes só podem ser solutos pelo Poder Judiciário. Permitir que simples árbitros disponham sobre matéria litigiosa que circunde de um serviço público e que esteja dessarte com ele embricada ofenderia o papel constitucional do serviço público e a própria dignidade que o envolve³².

³⁰ HILST, Silvia de Lima. Arbitragem na Administração Pública: O Caso das Parcerias Público-Privadas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 326.

³¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 93-94.

³² MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 19. ed., p. 743. *Apud* HILST, Silvia de Lima. Arbitragem na Administração Pública: O Caso das Parcerias Público-Privadas, pág. 328. In: *Grandes temas da atualidade. Mediação, arbitragem e conciliação*. Eduardo de Oliveira Leite.

A doutrina aludida até aqui tem como premissa a afetação de todos os direitos da Administração Pública pela indisponibilidade do interesse que persegue. A partir disso, a ela não caberia nenhum bem disponível, o que implicaria, necessariamente, vedar-lhe avançar sujeição a juízo privado por ausência de objeto apto à arbitragem.

No entanto, da chancela à parêmia que se tenta construir, pelo magistério administrativista clássico, de que, em sendo o interesse público indisponível, o que, com efeito, é indiscutível, é-o, também, todos seus direitos, suceder-se-iam, se se lhe outorgasse, violações constitucionais e a admissão de vícios conceituais.

Ab initio, frisa-se, de acordo com o que se aludiu alhures, que a indisponibilidade do bem está associada a sua condição de inapropriabilidade ou inalienabilidade³³. Assim, quando os bens de família ou aqueles gravados com cláusula de inalienabilidade, por exemplo, em sede privada, ou, na seara pública, os bens de uso especial, dizem-se indisponíveis é porque guardam, pelo menos, uma daquelas condições.

É por isso, também, que o professor Gustavo Binzenbojm ensina que o poder de convencionar a arbitragem é implícito ao poder de contratar³⁴. Numa análise empírica, verifica-se que, de fato, a indisponibilidade recai, justamente, nos direitos sobre os quais não se pode transigir. Dessa sorte, direitos notadamente indisponíveis, qual o direito à vida e à integridade física, não se podem sujeitar a objeto de um contrato. Da mesma forma, a Administração Pública não pode dispor de bens de uso especial enquanto guardarem essa classificação.

Nessa esteira, Eros Roberto Grau indica como erro, muito comum, o fato de relacionar a indisponibilidade de direitos a tudo que se possa referir à Administração em virtude do interesse que possui. Prossegue no sentido de que, em verdade, não haveria qualquer correlação entre disponibilidade ou indisponibilidade de direitos patrimoniais e disponibilidade ou indisponibilidade do interesse público, para,

³³ MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 260.

³⁴ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a constituição In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332/44672>>. Acesso em: 17 maio 2017.

finalmente, pontuar que direito patrimonial disponível seria aquele que pudesse ser alienado³⁵.

Dessarte, a afetação de todos os direitos patrimoniais da Administração Pública, quer pela imbricação automática e abstrata da indisponibilidade de seu interesse com eles, quer pela incongruência material que teria que se atribuir a essa indisponibilidade forjada, afigura-se desarrazoada.

Especialmente no que tange ao magistério de Bandeira de Mello, mister que se façam algumas observações. Ele tem vinculação direta com o entendimento do autor referente à classificação de contratos da Administração Pública. Para ele, em consonância com a lição de seu pai, Oswaldo Aranha Bandeira de Mello, as cláusulas estabelecidas no pretense contrato administrativo decorrem da lei, não lhes havendo, portanto, sequer, bilateralidade, do que resultaria impossível falar-se em contrato (administrativo), o que só admite a título didático em razão da consagração da expressão³⁶.

Maria Sylvia Zanella Di Pietro, em comentários à doutrina que nega a existência da espécie contrato administrativo do gênero contrato, explana que essa corrente de doutrinadores compreende que a autonomia da vontade é elidida em relação à Administração Pública em homenagem à indisponibilidade do interesse público. Assim, as cláusulas regulamentares estariam vinculadas à Lei, sem espaço discricionário para o ente público criá-las. Por essa razão, estar-se-ia, em verdade, diante de atos unilaterais e não bilaterais³⁷.

Assim, assevera-se que, com efeito, a lição do professor de que todo direito da Administração Pública é indisponível em virtude de seu interesse fica mais compatível com a premissa de que nem sequer existiriam contratos administrativos em decorrência da invariável gênese de suas cláusulas - a lei. Essa maior compatibilidade, dado o ponto de partida ora estabelecido, sucede-se, sem dúvida, porquanto há uma tendência nas ilações administrativistas de associação da indisponibilidade do objeto às cláusulas ditas regulamentares.

No entanto, a doutrina administrativista majoritária rechaça e negativa de existência de contratos da Administração Pública, sejam eles com predominância do

³⁵GRAU, Eros Roberto. Da arbitralidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 816 e 824.

³⁶ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009, p. 612.

³⁷ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 207.

direito privado, sejam eles com preponderância do regime normativo público. Di Pietro comunga desse entendimento, que defende a coexistência de duas espécies de contratos realizados pela Administração Pública, uma com predominância do direito comum e outra regida, majoritariamente, pelo *ius publicum*³⁸.

Deveras, o viés dualista, que abarca, de um lado, um contrato diferente do direito privado, com características que lhe são próprias, e, de outro, não afasta, da Administração Pública, a possibilidade de avençar acordo com predominância do regime comum, regido pelo *pacta sunt servanda*, infirma-se, apesar das críticas que recebe, como uma classificação que, de pronto, não merece ser refutada, pois tem alguma aplicação prática na medida em que não permite que sejam acionadas cláusulas exorbitantes ao direito comum nos pactos ditos privados da Administração, se não estabelecidas em seu bojo.

Em se admitindo, de acordo com o que leciona Celso Bandeira de Mello, a inexistência de acordos administrativos em razão da elisão absoluta da autonomia da vontade na seara pública pela indisponibilidade do interesse perseguido pelo Estado, implicaria, dado que só indisponível aquilo que guarda interesse maior, necessariamente, atribuir, de forma indistinta e na íntegra de toda sua extensão, ao que se chamaria, então, atos e não contratos, a característica da *verticalidade*³⁹, assim nominada pela doutrina, que nada mais é que a expressão espaço-geométrica da figura jurídica da supremacia do interesse público frente ao privado. Isso, de certo, enfrentaria óbice constitucional, notadamente, a igualdade.

No que cabe a essa questão, o novo magistério da disciplina administrativista emergente, que trata da necessidade de dar contornos jurídicos precisos ao instituto da supremacia do interesse público sobre o privado, num movimento denominado de constitucionalização do direito administrativo, vêm infligindo duras críticas à doutrina administrativista clássica.

Gustavo Binenbojm, em artigo intitulado Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade, frisa:

Como agente condutor básico da superação dogmática de tais categorias jurídicas, erige-se hodiernamente a ideia de constitucionalização do direito administrativo como alternativa ao déficit teórico apontado no capítulo anterior, pela adoção dos sistemas de direitos fundamentais e de democracia, tal como instituídos na Constituição, como vetores axiológicos -

³⁸ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012. p. 208.

³⁹ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 207

traduzidos em parâmetros jurídicos - a pautar a atuação da Administração Pública. Tais vetores convergem no princípio maior da dignidade da pessoa humana e, (I) ao se situarem acima e para além da lei, (II) vincularem juridicamente o conceito de interesse público e (III) estabelecerem balizas principiológicas para o exercício da discricionariedade administrativa, fazem ruir o arcabouço dogmático do velho direito administrativo⁴⁰.

No mesmo diapasão, o professor José Sérgio da Silva Cristóvam, em tese de doutorado, destaca:

Do entrelaçamento dos princípios republicanos, do Estado democrático de direito e da dignidade da pessoa humana resultam os fundamentos para a construção dos pressupostos, institutos e limites deste renovado regime jurídico administrativo. Com a superação do paradigma tradicional da axiomática prevalência abstrata e apriorística do interesse público sobre o particular, avança-se para o paradigma emergente da dignidade humana, dos direitos fundamentais e do parâmetro constitucionalizado da ponderação dos interesses⁴¹.

Desta feita, verifica-se que a supremacia abstrata e apriorística do interesse público sobre o privado, esposada pelo professor Celso Antônio Bandeira de Mello, vem sendo superada por um novo regime jurídico-administrativista, assente em contornos jurídicos determinados ou determináveis dessa primazia, à luz do fundamento republicano da dignidade da pessoa humana.

Por conseguinte, quaisquer pretensões gerais no sentido de guardar um interesse maior frente a qualquer outro que não sejam, pelo menos, determináveis e legitimamente outorgadas à Administração Pública, vale dizer, oriundas do devido processo legiferante, não estariam comportadas por esse novo direito público que exsurge. Por essas razões, comprometida estaria a verticalidade atribuída, de maneira abstrata e integral a todos os atos jurídicos praticados pela Administração Pública, propalada pela doutrina administrativista clássica.

Diante disso, o magistério da indisponibilidade total dos direitos da Administração Pública enfrenta graves problemas para sustentar suas premissas,

⁴⁰BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2015. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43855/44713>>. Acesso em: 06 Jun. 2017. doi:<http://dx.doi.org/10.12660/rda.v239.2005.43855>.

⁴¹CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito**: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123431/327169.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 de maio 2017. p. 140-141.

tendo em vista: i) a impossibilidade de se conferir o caráter vertical, de forma abstrata, apriorística e integral, a todos os atos jurídicos praticados pela Administração Pública, com o advento da constitucionalização do direito administrativo; e ii) ainda que se admitisse essa verticalidade, para, então, esposar a indisponibilidade irrestrita dos direitos da Administração Pública, ela esbarraria em sua própria definição conceitual.

3.3. O EXAME DA DISPONIBILIDADE DOS DIREITOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA SOB O ENFOQUE DAS ESPÉCIES DE SEUS CONTRATOS

Rejeitando a tese de que todos os direitos da Administração Pública são indisponíveis, é possível encontrar, na doutrina, conforme ensina Silvia de Lima Hilst, posicionamento intermediário, qual o de Alexandre Freitas Câmara, no sentido de admitir a arbitragem em composição de lides oriundas de contratos de natureza privada avençados pela Administração que digam respeito a atos negociais, excluindo-lhe, desse modo, contratos administrativos propriamente ditos⁴². Esse raciocínio, deveras, depara com diversas objeções.

Em princípio, a classificação de pactos da Administração em espécies, de direito público e de direito privado, não é unânime na disciplina administrativista. Segundo Di Pietro, podem ser encontradas, pelo menos, três tipos de teses quanto às avenças estatais. É possível achar a corrente que nega a existência do contrato administrativo; a que, em sentido oposto, só admite a existência desse acordo; e a que aceita a existência do contrato administrativo, como espécie do gênero contrato, com regime de direito público, derogatório e exorbitante ao direito comum. Partir, portanto, de uma premissa em falso não se mostra recomendável⁴³.

Em que pese essa circunstância, admitir-se-á o envide de duas espécies do gênero contrato para a Administração Pública para se verificar, com maior solidez, a técnica proposta por Alexandre Freitas Câmara para indicar a possibilidade ou impossibilidade de convenção de arbitragem pelo Estado, em foro interno.

⁴² HILST, Silvia de Lima. Arbitragem na Administração Pública: O Caso das Parcerias Público-Privadas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 328-329.

⁴³ DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012, p. 208.

Considerando que o mecanismo propalado por essa doutrina para resolver o que pode e o que não pode ser arbitrado pela Administração Pública perpassa por o que é contrato administrativo e por o que é contrato privado da Administração, urge que se identifique a forma de se distinguir esse último binômio.

Para verificar a natureza do contrato da administração, se de direito público ou de direito privado, Celso Antônio Bandeira de Mello recorre a técnicas do direito francês. Ele ensina que foi a doutrina francesa que desenvolveu a teoria do contrato administrativo, fortemente embasada nos arestos de Conselho de Estado. Consoante o autor, o Conselho de Estado da França teve de solucionar, além de outra questão, quando se deve reputar administrativo um contrato⁴⁴.

Para ela, infirmou-se que seria um contrato administrativo aquele que atendesse a qualquer requisito de um rol de três. De maneira exclusiva, seria de direito privado o acordo que não fosse administrativo. Os requisitos trazidos pelo professor foram: “a) receber tal qualificação por lei; b) ter como objeto a própria execução de um serviço público; e c) conter cláusula exorbitante⁴⁵”.

Desse método de identificação, amplamente adotado pela doutrina administrativista nacional, chama atenção seu derradeiro requisito, a presença de cláusulas exorbitantes. Isso porque elas não se restringem ao contrato administrativo. Podem ser levadas ao corpo de um contrato privado da Administração. A construção doutrinária a respeito da presença dessas cláusulas, para vigorarem nos pactos privados, é de que elas precisam constar-lhes expressamente.

A partir disso, a técnica que trabalha com o binômio classificatório de avenças da Administração para responder ao que, efetivamente, tem aptidão para ser levado a juízo arbitral é esvaziada. Na medida em que se admite que, pelo menos, uma parte do objeto de um contrato (privado da Administração) pode-se-lhe convencionar equivalente jurisdicional e que ele pode receber cláusulas que exorbitam do direito comum, pelo que perderia sua classificação para auferir o status de contrato administrativo, consoante a lição de Celso Antônio Bandeira de Mello, acarretando-se, por conseguinte, sua total indisponibilidade, já que acordos administrativos, segundo essa técnica, não poderiam receber cláusula

⁴⁴ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009. p. 609

⁴⁵ DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, ano 2009, p. 609.

compromissória de arbitragem, dá-se azo a uma contradição: o que teria ocorrido com o objeto, ainda que parcial, sobre o qual poderia se contratar juízo privado para que não o possa mais?

O esvaziamento ocorre, eminentemente, porque a técnica abandona questão fundamental para se tratar da aptidão para a arbitragem no que tange a seu objeto, sua disponibilidade. Associam-se questões de fato e de direito do contrato privado da Administração ao de direito comum, que, indubitavelmente, existem, para se estabelecer a regra o que pode um pode o outro, ignorando-se, contudo, suas peculiaridades.

A esse magistério que trabalha com o binômio classificatório privado-administrativo para explicar o que é e o que não é arbitrável na seara pública, erigem-se, ao confundir, também, verticalidade e indisponibilidade para, de forma abstrata e apriorística, pretender vedar o juízo privado a toda a extensão do contrato administrativo, no que cabe a essa parte, as mesmas críticas que as realizadas àquele que entende indisponível todos os direitos da Administração.

Em sendo assim, do exame da disponibilidade dos direitos da Administração Pública sob o enfoque da classificação de seu contratos, destacam-se: i) a divergência doutrinária a respeito da veraz existência das espécies contratuais; ii) a perda injustificada de um mesmo objeto, ainda que parcial, de sua disponibilidade, devido à mutabilidade da classificação contratual; iii) o abandono do requisito da disponibilidade do objeto na consideração de sua aptidão para o juízo privado em prol de uma associação imprecisa de circunstâncias fático-jurídicas; e, por fim, iv) a reprodução dos mesmos problemas da doutrina que entende indisponível qualquer direito da Administração Pública na vedação absoluta da arbitragem aos contratos administrativos.

3.4. A ANÁLISE DA EXTENSÃO DA DISPONIBILIDADE DO OBJETO DOS CONTRATOS DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA A PARTIR DE SUAS CLÁUSULAS

Dadas as incongruências colhidas das teorias administrativistas que se debruçam sobre a questão da disponibilidade dos direitos da Administração Pública vistas até aqui, parte da doutrina, ao admitir que existem direitos patrimoniais

disponíveis e indisponíveis no bojo de contratos da Administração, sejam de direito privado, sejam regidos pelo ius publicum, propõe-se, então, a definir critérios para se verificar o que está e o que não está à disposição em avenças estatais.

Os entusiastas dessa vertente partem do baluarte concebido por Eros Roberto Grau para sustentar a possibilidade de a Administração Pública convencionar juízo arbitral de que, como já se adiantou, a indisponibilidade do interesse público não corresponde à indisponibilidade de seus direitos patrimoniais⁴⁶. Para justificar, ainda, a possibilidade de sujeição estatal a juízo privado, destacam lições qual a de Adilson de Abreu Dallari, para quem, o administrador não transige com o interesse público, nem abre mão de instrumentos de sua defesa, ao firmar cláusula de submissão a juízo arbitral⁴⁷.

A exata posição desse magistério pode-se dar por meio da verificação da lição de Caio Tácito trazida à baila por Eugenia Cristina Cleto Marolla:

[O autor] Observa que nem todos os contratos administrativos envolveriam interesses indisponíveis da Administração, havendo casos em que a prestação assumida pelo Estado corresponderia a interesses públicos de uso de bens públicos ou a fruição de vantagens que não se compatibilizariam com a disponibilidade ou a alienação do patrimônio estatal, hipóteses em que o Poder Judiciário poderia, no exercício de suas prerrogativas, impor à Administração deveres ou obrigações de fazer ou não fazer, de permitir ou de autorizar. Porém, este não seria o caso das cláusulas que tratassem tão-somente da submissão da Administração a uma contraprestação financeira, não havendo sentido enquadrá-los no conceito de indisponibilidade. A convenção de arbitragem seria um caminho para que se pudesse alcançar a plena eficácia da relação contratual pelo acordo de vontades⁴⁸.

Do excerto, colhe-se que a classificação contratual dos pactos da Administração é irrelevante, porquanto, do corpo de um mesmo envide, constam cláusulas que guardam disponibilidade e outras que revelam sua indisponibilidade, alertando-se a notoriedade da disponibilidade de cláusulas que tratam exclusivamente de contraprestação financeira. Em sendo assim, o envide compromissório de arbitragem seria válido para aquelas consideradas disponíveis em detrimento desse juízo para as definidas como indisponíveis.

⁴⁶ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 106.

⁴⁷ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 107.

⁴⁸ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016A. p. 108.

Nessa esteira, Eugenia Cristina Cleto Marolla aponta a dificuldade para delimitar o que seria ou não seria disponível num contrato administrativo, informando que não haveria um critério geral que pudesse resolver essa dicotomia. Assim, ela sugere que o exame de disponibilidade de objeto tenha que se realizar no caso concreto, alegando tratar-se de definição jurídica indeterminada, ocasionando, desta feita, máxima abstração e mínimo conteúdo normativo. Ela ainda recorre a um apanhado de critérios dispostos na doutrina a fim de distinguir objeto disponível do indisponível⁴⁹. Vislumbrem-se quatro critérios que, com efeito, não raras vezes, são utilizados para resolver a questão da disponibilidade dos direitos do Estado.

Inicialmente, ela evoca o magistério do italiano Renato Alessi que classifica o interesse público em primário e secundário, abordado de uma forma diferente por Selma Lemes, segundo a qual aquele é indisponível e esse, disponível. Para Alessi, os interesses primários relacionam-se aos interesses da sociedade, respaldados pela Constituição, enquanto os secundários dizem respeito aos interesses do próprio Estado, enquanto administrador, buscando, em sede de relações patrimoniais, executar serviços e exercer suas próprias funções. Selma Lemes associa os interesses secundários de Alessi a atividades-meio para dizer que os primários referem-se a atividades-fim. Sobre esse critério, Marolla pontua que, em que pese sua difusão, ele não teria aptidão para, efetivamente, demonstrar o que é e o que não é disponível vez que nem todo princípio primário seria indisponível e vice-versa⁵⁰.

Referindo-se a um segundo critério, que leva em consideração o *modus operandi* do Estado em relação ao particular, isto é, se a ação decorre de seu *ius imperii* ou *ius gestionis*, ela informa que sua adoção seria útil, porquanto as atividades materiais de gestão da Administração Pública seriam eminentemente disponíveis, enquanto os atos de império corresponderiam ao rol de interesses indisponíveis do Estado. Contudo, a própria autora faz ressalva no sentido de que a imprecisão e inexatidão da distinção entres atos de império e atos de gestão teriam

⁴⁹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. P. 115-116.

⁵⁰ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 117-118.

levado ao abandono desse método de verificação, porque, além disso, em concreto, a Administração pode agir com seu poder de império em sua atividade de gestão⁵¹.

Prosseguindo em sua alusão a possíveis critérios de definição de disponibilidade e indisponibilidade, a autora traz à baila normas de ordem pública. De acordo com ela, parte da doutrina parte da premissa de que os mandamentos cogentes seriam indisponíveis, não podendo, portanto, que se lhes sindicassem juízo arbitral. No entanto, a crítica que se faz a esse quesito é que não seria proibido, ao árbitro, apreciar contendas que envolvessem normas inafastáveis⁵².

Elenca, também, o mecanismo de abordagem da disponibilidade e indisponibilidade, fazendo referência à questão da transacionabilidade de objeto. Afirma que alguns ordenamentos jurídicos estabeleceriam, junto com a patrimonialidade, a aptidão para a transação do direito como requisito da avença de juízo não estatal. Prossegue no sentido de que a lógica sobre a qual se pauta essa verificação é a de que, dado que seria permitido à Administração Pública transigir em determinada matéria, sem a intervenção do Judiciário, também o seria compor a lide por juízo arbitral, na medida em que, para isso, nem precisaria abrir mão de direito, considerando a parêmia de que quem pode o mais pode o menos. Ela, todavia, objeta que a arbitragem e a transação são institutos distintos e, em que pese se propor ao deslinde de litígios que envolvam direitos disponíveis, compõem-no de maneira muito distinta⁵³.

Realizada essa coleta de critérios, ela passa a tratar, especificamente, das cláusulas dos contratos administrativos para explicar sua natureza, destacando a existência de três tipos: exorbitantes, regulamentares e econômicas⁵⁴. Consoante sua lição, as cláusulas exorbitantes constituem o meio pelo qual a Administração Pública expressa suas prerrogativas com o fito de atender à finalidade a que se destina, a consecução do bem comum. Quanto às cláusulas regulamentares, anota que cuidam de disposições unilaterais do Estado. Por derradeiro, assevera que as

⁵¹ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 119-120

⁵² MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 121-121

⁵³ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 122-124.

⁵⁴ MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134-135.

cláusulas econômicas são quem, de fato, guardam o genuíno "elemento contratual"⁵⁵.

Ela conclui, então, que, em relação a essas últimas, por possuírem natureza patrimonial, serem instrumentais e corresponderem a atos de gestão disponíveis nos termos da lei, permite-se o juízo arbitral, para negar, via de regra, esse meio de elisão de impasse para os outros dois tipos de cláusulas⁵⁶.

Esse magistério, ao fazer uma análise fragmentada dos contratos administrativos e apresentar quesitos para dizer quais partes, isto é, quais cláusulas, ser-lhes-iam disponíveis ou indisponíveis, faz uma abordagem relevante da disponibilidade do objeto em pactos estatais na medida em que supera algumas objeções referentes à doutrina clássica e intermediária pertinentes ao tema, pois:

i) não parte do pressuposto da outorga do caráter vertical, de forma abstrata, apriorística e integral, a todos os atos jurídicos praticados pela Administração Pública, a partir do que não esbarra, incontinenti, na Carta da República;

ii) não reproduz todos os problemas da doutrina clássica ao não vedar, de forma absoluta, a arbitragem a uma gama de contratos; e

iii) não apresenta as dificuldades de classificação de contratos da Administração do paradigma intermediário que trabalha com o binômio privado-administrativo para concluir por o que estaria e por o que não estaria apto ao juízo arbitral, em razão de desconsiderar essa técnica para se chegar à resposta almejada.

Contudo, algumas considerações a respeito dessa verificação de disponibilidade de objeto têm de ser feitas. No que concerne à alusão de critérios para exame de uma possível sujeição ao juízo arbitral do objeto, não se pode perder de vista o requisito estabelecido pela lei para a possibilidade de se estipular a arbitragem, a disponibilidade do direito.

Dessa sorte, quando se pensa, por exemplo, na transacionabilidade do bem, não que esse raciocínio não possa demonstrar sua disponibilidade, porquanto todo direito transacionável é, invariavelmente, disponível, não se pode olvidar que se erige uma consequência não necessária da disponibilidade ao grau de requisito, o que, certamente, contraria o telos da lei; se fosse essa sua finalidade, ela poderia

⁵⁵MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134-135.

⁵⁶MAROLLA, Eugenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016. p. 134-135.

prever, qual o fazem alguns ordenamentos jurídicos, a transacionabilidade como característica imprescindível do direito para lhe submeter a juízo não estatal. Nesse caso, a disponibilidade é o menos; a transacionabilidade, o mais.

No que compete à classificação dos interesses da Administração entre primários e secundários, importante que se vislumbre a lição do próprio Renato Alessi referente a esses últimos, exposta por Eros Grau: "possono essere realizzati soltanto in caso di coincidenza, e nei limiti di siffatta coincidenza, con l'interesse collettivo primario"⁵⁷. Em sendo vedado, ao Estado, conforme Alessi, realizar seus interesses secundários se não coincidirem, na medida exata, com seus interesses primários, tem-se que, para a Administração Pública, em concreto, não existem - ou não deveriam existir - interesses secundários autônomos. Uma construção teórica para examinar a disponibilidade e indisponibilidade de direito na distinção entre interesses primários e secundários é natimorta, a não ser que sustente a indisponibilidade integral dos direitos da Administração Pública.

Em relação ao *modus operandi* do Estado, urge se vejam as palavras de Eros Roberto Grau no que o toca:

Desejo dizer, com isso, que embora a Administração disponha, nesse dinamismo, de poderes que se tornam como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual. Pois é certo que esses mesmos poderes são contemplados como estipulações de ordem contratual, ainda que por imposição legal. Isso negássemos e, por força, teríamos de admitir que toda e qualquer limitação disposta em lei ao pleno exercício de liberdade de contratar teria a virtude de sonegar aos acordos de vontade celebrados sob a égide do chamado *dirigismo contratual* o caráter de contratos⁵⁸.

Nesse sentido, em sede contratual, ainda que o Estado disponha de cláusulas que lhe assegurem vantagens sobre a outra parte, a exemplo das cláusulas exorbitantes, o que, em análise preliminar, diriam uns que estaria exercendo seu *ius imperii*, em verdade, ele expressa seu *ius gestionis*. Não há, portanto, que se falar em atos de império em relação contratual. Ainda que essas

⁵⁷*Principi di diritto amministrativo*. I. Quarta edizione. Milano: Giuffrè, 1978, p. 232-233. *Apud* GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 824.

⁵⁸GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 819.

possam ser invocadas sem previsão expressa no bojo do pacto, houve aceitação tácita quanto a elas pela outra parte na medida em que não as pode afastar sob a arguição do *pacta sunt servanda*. Colhe-se, dessarte, que a diferença entre atos de império e atos de gestão da Administração num acordo perde seu sentido.

Questão sempre bastante controversa que se coloca no universo jurídico assiste à ordem pública. Afinal, o que se sabe, indubitavelmente, é que seu conceito é multifacetado e transmutável, de acordo com os valores culturais da sociedade que a propõe, e para quem se destina, assumidos em dado espaço de tempo. Também não causa maiores controvérsias sua origem: ela tem gênese num interesse maior ao comum, o que vale dizer que ela, incide, necessariamente, em matéria que é tida como extremamente relevante, que, posta à disposição de qualquer alvedrio, pode, eminentemente, causar sérios danos à sociedade como um todo. Assim o é com as regras de cunho trabalhista, consumerista e ambiental e com o próprio direito administrativo.

Em ilações sobre indisponibilidade e ordem pública, vale a pena trazer à luz os escritos precisos de Pedro Batista Martins sobre o tema:

Enquanto a indisponibilidade é elemento intrínseco ao objeto do direito, a ordem pública é elemento extrínseco de resguardo ou proteção do direito. A indisponibilidade afeta a livre circulação - disposição - do direito em si, enquanto a ordem pública cerca o direito com regras preventivas. A indisponibilidade diz com o núcleo, o próprio objeto do direito. A ordem pública não; ela é um arcabouço ou um invólucro jurídico de preservação da identidade do objeto do direito. Enquanto o primeiro não é passível de disposição espontânea, o direito sujeito a regras de ordem pública pode ser transferido, gravado e alienado livremente, nos limites impostos por tais regras⁵⁹.

Nada a mais. Nada a menos. Com efeito, a ordem pública não importa a indisponibilidade do direito que protege, em que pese tanto uma quanto a outra ter a mesma vertente, a supremacia de um interesse. Em verdade, essa famigerada associação é fruto de uma confusão entre norma e bem. A indisponibilidade que as normas cogentes guardam refere-se, via de regra, a elas próprias, no sentido de que não podem ser afastadas. Por conseguinte, a noção de ordem pública não comporta a ideia de que os direitos que suas regras guarnecem são indisponíveis. Assim, admite-se, por exemplo, deslinde de controvérsia por meio de juízo arbitral em

⁵⁹MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 269.

matéria consumerista, que tem caráter eminentemente vinculante. Não é diferente com as normas administrativas. Ademais, não foi proibido, ao árbitro, conhecer de normas de ordem pública.

Ante o exposto, fica claro que, conquanto num contrato administrativo estejam presentes cláusulas pré-determinadas e cogentes, quais as regulamentares e exorbitantes, essa circunstância não lhes impede, per si, sejam apreciadas, também, pelo juízo arbitral, porquanto, ao árbitro, não é vedado seu conhecimento. Nessa esteira, a Lei 9.307/1996 estabelece, no § 3º de seu art. 2º, a impossibilidade de se compor a lide por equidade quando ela envolva a Administração Pública, exigindo que se perfaça, obrigatoriamente, pelo direito.

Outrossim, não se quer asseverar que, nesse contexto, retira-se, da Administração Pública, suas prerrogativas que se manifestam, no contrato, em suas cláusulas exorbitantes, para conferi-las ao árbitro. Não é isso. Sucede-se, nesse caso, o juízo arbitral tal quais quaisquer outros: em sendo disponível o direito, o juízo estatal fica, a priori, afastado, para dar *ratio*⁶⁰ e *judicium*⁶¹ ao juízo não estatal, na mesma medida que teria o juiz ou tribunal. Desloca-se, portanto, a competência de apreciação de todas as normas, inclusive as de ordem pública, que circundam o direito disponível, e de todos os fatos que envolvem o litígio, para o árbitro, que deverá dizer, caso instado, se o Poder Público, considerando suas prerrogativas, ou o particular, agiu conforme o pacto estabelecido entre as partes da mesma forma que o faria o órgão judicial, porque se trata de equivalente jurisdicional.

Nesse sentido, decidiu o Superior Tribunal de Justiça ao conceder segurança em mandamus impetrado contra ato de Ministro de Estado que ratificava rescisão unilateral de contrato realizada por sociedade de economia mista, de acordo com o artigo 80, inciso I, da Lei 8.666/1993, e lhe autorizava a assunção de seu objeto mediante ocupação e utilização imediatas do local arrendado, consoante inciso II e § 3º do caput do mesmo dispositivo, acolhendo, entre outros fundamentos, arguição da impetrante de que o acordo administrativo estipulava cláusula compromissória de arbitragem, para manter o statu quo ante em face de

⁶⁰GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 815.

⁶¹ Julgamento, conforme ensina Eros Roberto Grau. In: GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação: arbitragem aplicada**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 815.

sentença prolatada pelo 1º grau da justiça fluminense, que determinara a competência do juízo arbitral para conhecer e resolver litígio oriundo do referido envide quando a sociedade acionou-a para compor sua lide⁶².

Levantadas essas informações, chega-se, portanto, às seguintes ilações, referentes ao exame da extensão da disponibilidade do objeto do contrato administrativo a partir de suas cláusulas: i) ignora-se a disponibilidade, pelo menos diretamente, como requisito da convenção de arbitragem sobre o objeto para se procurarem outros pressupostos que explicariam a possibilidade ou a impossibilidade da avença de sua submissão a juízo privado; ii) alude-se a critérios de verificação de disponibilidade que não foram estabelecidos pela lei, tendo-se em vista contornos em comum entre aqueles e essa, mas que não, necessariamente, causam as mesmas consequências; iii) reproduzem-se vícios da doutrina clássica ao se confundir caráter vertical do ato jurídico com indisponibilidade do bem que ele protege, isto é, infirma-se que a indisponibilidade ou, melhor dizendo, inafastabilidade dos mandamentos de ordem pública equivale à indisponibilidade dos direitos de que eles cuidam; e, finalmente, iv) constrói-se um entendimento *contra legem* no sentido de que, ao árbitro, é vedado o conhecimento de matéria de ordem pública.

3.5. A DISPONIBILIDADE DO DIREITO PATRIMONIAL COMO REQUISITO PARA CONTRATAR

Considerando a ineficácia de se revelar a disponibilidade ou indisponibilidade de um bem por meio de quesitos que não o conceito da própria disponibilidade, passam-se a verificar seus contornos jurídicos.

Carlos Roberto Gonçalves ensina que o atual Código Civil distingue o direito patrimonial em três categorias, por meio: a) de suas qualidades físicas ou jurídicas (mobilidade, fungibilidade, divisibilidade); b) das relações que guardam entre si

⁶² BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11308/DF**. Relator: Min.Luiz Fux. Brasília 19 de maio de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 12 maio. 2017.

(principais e acessórios); e c) da pessoa titular do domínio (públicos e particulares)⁶³. Acrescenta que o Código Civil de 1916 estabelecia outros dois capítulos para tratar de bens: a) as coisas fora do comércio e o bem de família⁶⁴. As coisas fora do comércio são os direitos indisponíveis.

Talvez seja essa a razão de tantas controvérsias a respeito da disponibilidade de determinado direito patrimonial, o hodierno *lex iuris civilis* não traz conceito expresso de indisponibilidade e disponibilidade de bem. Dada essa informação, mister que se verifiquem seus caracteres por meio do Código Civil de 1916.

Miguel Maria de Serpa Lopes, em obra de 1957, informa que o artigo 69 do Código Civil de 1916 tinha a seguinte redação: "*São coisas fora do comércio as insuscetíveis de apropriação, e as legalmente inalienáveis*". Para descrever as características das coisas fora do comércio, prosseguia:

O característico das coisas fora do comércio, refere com muita precisão N. Coviello, não é a inalienabilidade ou a imprescritibilidade, uma vez que a inalienabilidade e a imprescritibilidade surgem dentro de certos limites para os bens dotais; mas, ao contrário, a incapacidade de ser parte do patrimônio privado, e isso não tanto por sua natureza inadequada ao domínio do homem, senão tão-somente em função de sua especial destinação⁶⁵.

Diferenciando coisas fora do comércio das inalienáveis, ele anotou:

As coisas fora do comércio são tôdas aquelas que, por sua natureza, são insuscetíveis de apropriação, ao passo que as coisas inalienáveis são suscetíveis de apropriação, mas que, por considerações especiais resultantes da lei ou por disposição da vontade da pessoa nos casos em que a lei o permite, ficam privadas de circulação. Assim, o mar em sua totalidade é coisa insuscetível de apropriação, razão pela qual não pode ser objeto de comércio, ao passo que um imóvel dotal é um bem suscetível de apropriação, mas que, por força do regime dotal, está privado de entrar em circulação: inalienável⁶⁶.

Dessarte, verifica-se que direito indisponível é aquele que está fora de circulação e, por conseguinte, não o é conferido ao alvedrio das partes. Dessa

⁶³ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 289.

⁶⁴ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 290.

⁶⁵ LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de Direito Civil**. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1957. p. 379.

⁶⁶ LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de Direito Civil**. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1957. p. 380.

circunstância, portanto, resta dizer que ele não aceita, no limite de sua indisponibilidade, que, sobre ele, recaia avença, disposição, contrato.

Além disso, vislumbra-se que sua medida de indisponibilidade, ressaltando-se aquilo que é, naturalmente, inapropriável, é atribuída, sempre, pela lei, ainda que o faça indiretamente. Nesse sentido, a exata medida do contrato revela o limite preciso de sua disponibilidade. Assim, tudo o que se possa contratar é disponível, o que vale dizer, outorgou-lhe, a lei, condão de disposição.

Não é por outra razão que o professor Gustavo Binenbojm estabelece: "*Em uma palavra: o poder de pactuar arbitragem é implícito ao poder de contratar*"⁶⁷. Dado que só se pode contratar aquilo que é disponível, tudo o que possa contratar é, necessariamente, arbitrável. A parêmia aludida em seu magistério é, pois, verdadeira.

Veja-se o seguinte caso: a autoria de obra literária compõe os direitos da personalidade. Sua alienabilidade é vedada pela lei. Não se pode, sobre ela, contratar. Ela é indisponível. Entretanto, a legislação não proíbe que se contrate sobre o dinheiro recebido por sua comercialização⁶⁸. Seus *royalties*, dessa sorte, são disponíveis. Sobre eles, é válida a convenção de arbitragem.

Nesse sentido, quando a lei possibilita que se contrate sobre alguma coisa, ainda que envolva a Administração Pública, ela lhe está conferindo, com efeito, poder de disposição, não para que ela se efetive de qualquer forma, mas sim para que se perfaça da maneira mais adequada à consecução do fim a que se destina. Em verdade, a disposição nunca deve ser do interesse que o Poder Público persegue. Pode ser de direito objetivo seu, quando o bem comum exija-o.

Dessa forma, se a lei possibilita, ao Estado, independentemente da questão doutrinária de sua regência operar-se pelo direito comum ou público, contratar, seja (a execução de) uma obra, seja (a execução de) um serviço - ou sua transferência -, seja um fornecimento (de quaisquer bens), seja um aluguel (de quaisquer bens), seja uma gestão, seja uma parceria, seja uma aquisição, e tão somente pela permissão de contratar, ela atribui disponibilidade ao direito na mesma proporção que lho permite fazer.

⁶⁷ BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a constituição. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43332/44672>>. Acesso em: 17 mai. 2017.

⁶⁸ JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 270.

Em sendo o bem patrimonial disponível, o Poder Público poder-lhe-á convencionar juízo arbitral; o árbitro, juiz de fato e de direito⁶⁹, imprescinde de compor o litígio nos termos dos mandamentos legais postos, não podendo formar seu convencimento por sentimento de equidade⁷⁰, competindo-lhe conhecer, também, de todas as normas de ordem pública que o circundem, afinal, o instituto jurídico ora vertido trata-se de equivalente jurisdicional.

⁶⁹ Consoante o art. 18 da Lei 9.307/1996

⁷⁰ De acordo com o § 3º do art. 2º da Lei 9.307/1996.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE A SUBMISSÃO DA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA À ARBITRAGEM INTERNACIONAL: A QUESTÃO DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO E IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

Depois de se apresentarem circunstâncias sobre a arbitragem no Brasil, verificar seus requisitos subjetivo e objetivo, notadamente, a capacidade de o Poder Público realizar convenção de juízo privado e dispor de objeto disponível para o fazer, chega-se ao capítulo derradeiro deste trabalho, que fará a exposição de reflexões sobre a possibilidade de ele, em podendo avençar equivalente jurisdicional, submeter-se a corte externa de arbitragem. Por conseguinte, estudar-se-ão questões quais jurisdição e imunidade jurisdicional; exequibilidade de títulos com gênese em órgãos estrangeiros em territórios diferentes a partir da imunidade de execução; e homologação da sentença arbitral estrangeira e concessão de *exequatur* a cartas rogatórias pelo Superior Tribunal de Justiça.

4.1. JURISDIÇÃO E IMUNIDADE JURISDICIONAL

Ao se imaginar a sujeição da Administração Pública brasileira a uma câmara de arbitragem internacional, erige-se-lhe elemento do Estado, a soberania, como possível impedimento. O professor Paulo Henrique Gonçalves Portela alude a dois caracteres da soberania, um interno e outro externo: internamente, constitui-se como um poder supremo sobre as pessoas de um território; e, em seara externa, revela-se pela igualdade entre os poderes dos Estados, do que resta sua independência de quaisquer outros⁷¹. A jurisdição é, com efeito, o elemento interno da soberania; a falta dela, extra território, revela seu atributo externo.

De um modo geral, a jurisdição de um Estado compõe todos seus poderes – o de legislar, o de administrar e o de julgar. Sob seu viés de exclusividade, emerge-

⁷¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 170.

se o fato de que nenhuma outra jurisdição lhe pode coexistir⁷². Diante disso, constitui-se a impossibilidade de um Estado, ou de um órgão alienígena, exercer, a sua revelia, jurisdição sobre outro, o que equivale dizer que eles não detêm *judicium* em relação a um outro ente soberano.

Valerio de Oliveira Mazzuoli, em comentários à imunidade de jurisdição do próprio Estado, incluindo-se seus órgãos e seus bens, à jurisdição civil de outro, informa que a regulação da matéria sucede-se pelo costume internacional, com o auxílio da doutrina e da jurisprudência, porquanto, diferentemente das imunidades diplomáticas e consulares, que são regidas pelas duas convenções de Viena (1961 e 1963), não há tratado, de que o Brasil participe, que discipline essa imunidade⁷³. Assim, esse instituto não regulamentado, para o Estado brasileiro, tem baluarte no princípio do medievo *par in parem non habet judicium*.

Em relação aos *writs* da matéria, ele destaca o caso *Schooner Exchange Vs. McFaddon*, apreciado pela Suprema Cortes dos Estados Unidos, em 24 de fevereiro de 1812, como o primeiro precedente da incidência da imunidade estatal, do qual se colhe:

A jurisdição das cortes é um ramo do que a nação possui como um Poder soberano e independente. A jurisdição da nação dentro do seu próprio território é necessariamente exclusiva e absoluta. Não é susceptível de qualquer limitação, senão imposta por ela mesma. Qualquer restrição a ela, que derive sua validade de uma fonte externa, implicaria (*sic*) numa diminuição de sua soberania, nos limites de tal restrição e uma investidura daquela soberania, nos mesmos limites em que aquele poder que poderia impor tal restrição⁷⁴.

Dessa sorte, verifica-se que a imunidade jurisdicional estatal é a prerrogativa que um Estado detém, em relação a qualquer outro, de não ser submetido a jurisdição civil externa sem que, para isso, consinta-o de forma expressa. Desse atributo, pode emergir óbice à sujeição da Administração Pública brasileira a um órgão arbitral internacional, se se admitir a natureza jurisdicional da arbitragem⁷⁵, razão por que o tema será tratado.

⁷² PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 185.

⁷³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 593.

⁷⁴ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 593.

⁷⁵ O professor Ricardo Soares Stersi dos Santos, **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004. p. 33, leciona que a definição da natureza jurídica da arbitragem depende

Hildebrando Accioly explica que a definição dessa imunidade jurisdicional, em absoluta ou relativa, depende da extensão que lhe é atribuída pelo Estado. Em a concebendo como absoluta, implica-se a exclusão de qualquer intervenção de juiz ou autoridade administrativa de um ente soberano estrangeiro em qualquer controvérsia sua e, da mesma forma, não se admite qualquer intervenção autônoma sua em impasses que envolvam Estado estrangeiro; em a vislumbrando relativa, comportam-se exclusões a partir da análise do conteúdo e extensão das emanções alienígenas. Ele ainda ressalta o entendimento de Isabelle Pingel de que a imunidade jurisdicional relativa firma-se progressivamente para possibilitar a convivência organizada entre sujeitos de direito internacional⁷⁶.

Em reflexões sobre as imunidades jurisdicionais absoluta e relativa, o professor Paulo Henrique Gonçalves Portela informa que, quanto à primeira, ela era consentânea com o espírito da época em que surgiu, isto é, com a gênese do Estado absolutista, que necessitava resistir a poderes externos sob seu fundamento de guardar um poder supremo e independente. Hoje, para ele, essa visão está superada, imperando a imunidade relativa, ressaltando-se os casos em que o ente estatal age em exercício de seus atos de império⁷⁷.

Nesse sentido, ele assevera:

[...] pergunta-se: uma controvérsia que envolva um Estado estrangeiro pode ser solucionada pelo Judiciário nacional de outro ente estatal, que julgue unilateralmente o Estrangeiro contra a vontade deste? É a questão da imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, cuja resposta foi objeto de um entendimento, que vigorou no decorrer da maior parte da história do Estado, que vedava totalmente a possibilidade de esse julgamento ocorrer, e que foi substituída pela possibilidade desse julgamento em certas hipóteses, ideia que é atualmente acolhida dentro do Direito das Gentes e na maioria dos países do mundo, dentre os quais o Brasil⁷⁸.

Com um magistério um pouco diferente, Accioly afirma que, em verdade, a imunidade de jurisdição absoluta jamais foi costume do direito internacional, pois

do enfoque que se utiliza: se, por um lado, analisa-se-a sob a ótica de sua convenção, ficam evidentes as características contratuais; se, por outro lado, fá-lo pelo prisma de sua sentença, identifica-se que ela não deriva da avença do juízo arbitral estabelecida entre as partes, mas sim pela delegação da sociedade, pela via do Estado, da função jurisdicional.

⁷⁶ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 371.

⁷⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 188.

⁷⁸ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 187.

nunca satisfaz requisito para o formar, a saber, concordância de precedentes, ao contrário da imunidade de jurisdição relativa, essa sim, segundo ele, evocando Pingel, princípio internacional consuetudinário, em razão de sua reiterada prática, tanto por países desenvolvidos e em vias de desenvolvimento⁷⁹.

Mazzuoli, em seu curso de direito internacional público, já apresenta o conceito de imunidade de jurisdição levando em consideração tão somente a imunidade relativa, consoante se pode ver:

O atributo de todo Estado soberano, que impede que outros Estados exerçam jurisdição sobre os atos que realiza em exercício de seu poder soberano, ou ainda sobre os bens dos quais é titular ou utiliza em exercício de dito poder soberano⁸⁰.

Com efeito, o postulado de que um Estado não pode, em nenhuma hipótese, submeter-se à jurisdição de outro, ainda que inexista concordância, já não se mostra mais adequado em razão da reiterada prática internacional demonstrar o contrário. Dessarte, não há mais que se falar em imunidade de jurisdição absoluta.

Nessa direção, algumas leis ou convenções vêm sendo realizadas com o fito de regulamentar a questão. Na Europa, há a Convenção de Basileia de 1972. No âmbito das Nações Unidas, envidou-se a Convenção sobre a Imunidade de Jurisdição dos Estados e de suas Propriedades, à qual o Brasil ainda não se vinculou. Nos Estados Unidos, vige o *Foreign Sovereign Immunities Act*, de 1976. No Reino Unido, o *State Immunity Act*, de 1978⁸¹.

Além de a doutrina pátria já não admitir mais o vigor da imunidade de jurisdição absoluta, os precedentes nacionais encerram o mesmo entendimento. Em 1989, o Supremo Tribunal Federal, numa inversão de jurisprudência, agasalhou, por meio da apelação cível 9.696/SP⁸², que se referia a uma demanda trabalhista

⁷⁹ ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 372.

⁸⁰ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 594.

⁸¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 187. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016

⁸² Em que pese a Carta da República de 1988 já ter sido promulgada na época, estabelecendo-se, assim, a competência recursal ordinária do Superior Tribunal de Justiça para apreciar o caso, dado que, de um lado, compunha a lide pessoa domiciliada no país e, do outro, Estado estrangeiro, a corte ainda não havia sido criada, assumindo suas competências, interinamente, o Supremo Tribunal Federal, nos termos das disposições constitucionais transitórias.

pleiteada na Justiça Federal⁸³ por Genny de Oliveira em face da República Democrática Alemã, a tese de que a praxe internacional demonstrava não mais haver espaço para o viés absoluto da imunidade de jurisdição.

O juiz de primeiro grau declarou a impossibilidade de resolver o litígio em homenagem à imunidade jurisdição, dada a presença do Estado alemão na lide. Em apelação, a reclamante arguiu que o sujeito de direito internacional não gozava de referida imunidade, porque, enquanto empregador, não se utilizou de seu *ius imperii*. Interposta a apelação, o ministro relator, Sydney Sanches, votou pela cassação da sentença, para que se prolatasse outra em seu lugar, considerando que, com a gênese da Carta da República, com fulcro em seu preceptivo 114, ter-se-ia passado a conferir jurisdicionabilidade a pessoa jurídica de direito externo em matéria trabalhista. Em seu dispositivo, o ministro relator foi acompanhado à unanimidade.

Contudo, quem proferiu voto foi irretocável no que assiste à justificava da mudança de paradigma até então vigente na corte foi o ministro Francisco Rezek, que o fez logo após o relator. Rezek pronunciou-se no mesmo sentido quanto à necessidade de cassação da sentença para que se proferisse outra em seu lugar, mas apoiou sua decisão na mudança do costume do direito das gentes, que, segundo ele, já não mais comportava a ideia de inexistir circunstância em que um ente soberano pudesse ser submetido à jurisdição de outro. Por conseguinte, para divergir no que cabe às razões erigidas pelo relator para fundamentar seu voto, ele anotou:

Antes de definir as razões do meu voto, lembro, à luz do voto do relator, Ministro Sydney Sanches, que a Constituição de 1988, no seu art. 114, diz que compete à Justiça do Trabalho o feito de índole trabalhista, o litígio entre trabalhador e empregador, nesta categoria incluídos os entes de direito público externo.

Parece-me – é neste ponto que divirjo do eminente relator – que essa é uma norma relacionada tão-só com a competência. A norma está hoje dizendo que o processo de tal jaez é afeto, desde sua origem, à Justiça do Trabalho. Havia norma, no direito constitucional anterior, dizendo que litígios opondo o indivíduo residente no Brasil ao Estado estrangeiro são afetos à Justiça Federal comum. Na definição da competência esta casa estatuiu que, sem embargo de algum dissenso doutrinário, a competência era da Justiça Federal comum.

⁸³ Conquanto o advento da Constituição Federal tenha instituído a competência da Justiça do Trabalho para o deslinde dessa reclamação, ela excetuou, da regra, os pleitos que já haviam sido intentados, até a data de sua promulgação, na Justiça Federal, na forma de suas disposições transitórias.

Tudo quanto há de novo, no texto de 1988, é um deslocamento da competência: o que até então estava afeto à Justiça Federal comum passou ao domínio da Justiça do Trabalho. Não há mais, no art. 114, que uma regra relacionada com o foro hábil para dar deslinde a esse gênero de demanda, sem embargo de eventual subsistência de normas que possam excluir a jurisdicionabilidade do demandado, quando seja esta pessoa jurídica de direito público externo. Tenho a informação – e apreciaria trazê-la à mesa – de que foi intenção de alguns membros da Assembléia Nacional Constituinte fazer do art. 114 não só uma regra redeterminante de competência, mas uma regra votada a deixar claro que esse tipo de demanda é agora possível entre nós. Se foi essa a intenção de membros ilustres da Assembléia Nacional Constituinte, não foi o que afinal deixaram expresso no texto. O art.114, por quanto sua redação exprime, diz apenas da competência da Justiça do trabalho, e não exclui a possibilidade de que essa competência resulte acaso inexercitada, se concluímos que a norma consagratória da imunidade prossegue valendo entre nós⁸⁴.

Dirigindo-se, pois, ao que, deveras, demandaria a reforma da decisão da Justiça Federal, ele registrou:

Aquela antiga e sólida regra costumeira de direito internacional público, a que repetidamente este Plenário se referiu, deixou de existir na década de setenta. Em 1972 celebrou-se uma convenção européia sobre a imunidade do Estado à jurisdição doméstica dos demais Estados (European Convention on State Immunity, Basiléia, 16 de maio de 1972). Nessa convenção, que é casuística como diversos textos de igual origem, talvez o leitor não possa detectar o substrato filosófico da fronteira que se terá estabelecido entre aquilo que é alcançado pela imunidade e aquilo que não o é mais; entre o que os Estados pactuantes entenderam estar no domínio dos atos de império e nos atos de mera gestão.

Bem antes da celebração desse tratado já fermentava, em bom número de países, a tese de que a imunidade não se deveria mais admitir como absoluta. A imunidade deveria comportar temperamentos. Naquela época o Supremo, embora ciente dessa realidade, preservava sua postura fiel à tradição da imunidade absoluta. A nosso ver, certas quebras tópicas do princípio da imunidade absoluta estavam ocorrendo nas capitais de determinados países do Ocidente, onde Estados estrangeiros se faziam representar não só para atos de rotina diplomática ou consular, mas também para atividades inteiramente estranhas a esse intento. Assim acontecia em Londres, assim acontecia em Berna, assim acontecia em certos outros núcleos de grande efervescência capitalista. Estados estrangeiros ali estavam presentes com suas embaixadas e seus consulados, mas também com escritórios, nem sempre muito transparentes, embora desenganadamente governamentais, que ali mercadejavam em bolsas de valores, comerciavam e especulavam a diversos títulos.

Em relação ao fato de, também na década de 70, o Brasil começar a adotar uma mudança de postura, ele destacou:

⁸⁴BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível nº 9696/SP**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 12 de outubro de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: 5 junho. 2017.

Nos anos setenta o que sucedeu de novo foi essa colocação que já não distingue o que se passa em Londres do que se passa em Brasília ou em Praga: assumiu-se uma postura excludente da imunidade em feitos decorrentes de toda interação entre a agência representativa do Estado estrangeiro e o meio local desvestido de oficialidade.

Tendo em vista que o direito das gentes apoia-se, fundamentalmente, em seus costumes, os quais, inclusive, influenciam – quando eles não ditam – as normas postas em seu arcabouço jurídico, também o fazendo para prestigiar o princípio da reciprocidade, o ministro crava:

Independentemente da questão de saber se há hoje maioria numérica nos países adotantes da regra da imunidade absoluta, ou daquela da imunidade limitada – que prevalece na Europa ocidental e que já tem fustigado, ali, algumas representações brasileiras –, uma coisa é certíssima: não podemos mais, neste Plenário, dizer que há uma sólida regra de direito internacional costumeiro, a partir do momento em que desertam dessa regra os Estados Unidos da América, a Grã-Bretanha e tantos outros países do hemisfério norte. Portanto, o único fundamento que tínhamos – já que as convenções de Viena não nos socorrem a tal propósito – para proclamar a imunidade do Estado estrangeiro em nossa tradicional jurisprudência, desapareceu: podia dar-se por raquítico ao final da década de setenta, e hoje não há mais como invocá-lo.

Finalmente, ele conclui:

O quadro interno não mudou. O que mudou foi o quadro internacional. O que ruiu foi o nosso único suporte para a afirmação da imunidade numa causa trabalhista contra estado estrangeiro, em razão da insubsistência da regra costumeira que se dizia sólida – quando ela o era –, e que assegurava a imunidade em termos absolutos.

O voto, com assentimento de todos os demais ministros, inclusive no que diz respeito a sua fundamentação, dado que o ministro relator também veio a adotar, introduziu, no Brasil, após a promulgação da atual Carta Política, a praxe internacional do direito dos povos de imunidade de jurisdição relativa ou limitada, reconhecendo-se a prerrogativa de um ente soberano estrangeiro sob a jurisdição nacional tão somente quando nessa condição ele agir.

Tendo-se em vista que a norma costumeira assenta-se sobre o baluarte da reciprocidade, o país veio a atestar, também, sua jurisdicionabilidade diante de cortes externas quando age sob o véu do *ius gestionis*. Fato que, inclusive, já se

sucedida, como bem alertou o ministro Francisco Rezek ao informar que representações brasileiras já haviam sido fustigadas na Europa ocidental.

Essa questão vem se mostrando pacífica na jurisprudência nacional. No Supremo Tribunal Federal⁸⁵, notadamente com votos do ministro Celso de Mello, a

⁸⁵ E M E N T A: AGRAVO DE INSTRUMENTO - ESTADO ESTRANGEIRO - RECLAMAÇÃO TRABALHISTA AJUIZADA POR EMPREGADOS DE EMBAIXADA - IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO - CARÁTER RELATIVO - RECONHECIMENTO DA JURISDIÇÃO DOMESTICA DOS JUIZES E TRIBUNAIS BRASILEIROS - AGRAVO IMPROVIDO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. CONTROVERSIA DE NATUREZA TRABALHISTA. COMPETÊNCIA JURISDICCIONAL DOS TRIBUNAIS BRASILEIROS. - A imunidade de jurisdição do Estado estrangeiro, quando se tratar de litígios trabalhistas, revestir-se-a de caráter meramente relativo e, em consequência, não impedirá que os juizes e Tribunais brasileiros conheçam de tais controversias e sobre elas exerçam o poder jurisdiccional que lhes é inerente. ATUAÇÃO DO ESTADO ESTRANGEIRO EM MATÉRIA DE ORDEM PRIVADA. INCIDENCIA DA TEORIA DA IMUNIDADE JURISDICCIONAL RELATIVA OU LIMITADA. - O novo quadro normativo que se delineou no plano do direito internacional, e também no âmbito do direito comparado, permitiu - ante a realidade do sistema de direito positivo dele emergente - que se construísse a teoria da imunidade jurisdiccional relativa dos Estados soberanos, tendo-se presente, para esse específico efeito, a natureza do ato motivador da instauração da causa em juízo, de tal modo que deixa de prevalecer, ainda que excepcionalmente, a prerrogativa institucional da imunidade de jurisdição, sempre que o Estado estrangeiro, atuando em matéria de ordem estritamente privada, intervier em domínio estranho aquele em que se praticam os atos jure imperii. Doutrina. Legislação comparada. Precedente do STF. A teoria da imunidade limitada ou restrita objetiva institucionalizar solução jurídica que concilie o postulado básico da imunidade jurisdiccional do Estado estrangeiro com a necessidade de fazer prevalecer, por decisão do Tribunal do foro, o legítimo direito do particular ao ressarcimento dos prejuízos que venha a sofrer em decorrência de comportamento imputável a agentes diplomaticos, que, agindo ilícitamente, tenham atuado more privatorum em nome do País que representam perante o Estado acreditado (o Brasil, no caso). Não se revela viável impor aos súditos brasileiros, ou a pessoas com domicílio no território nacional, o onus de litigarem, em torno de questões meramente laborais, mercantis, empresariais ou civis, perante tribunais alienigenas, desde que o fato gerador da controversia judicial - necessariamente estranho ao específico domínio dos acta jure imperii - tenha decorrido da estrita atuação more privatorum do Estado estrangeiro. OS ESTADOS UNIDOS DA AMERICA E A DOUTRINA DA IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO RELATIVA OU LIMITADA. Os Estados Unidos da America - parte ora agravante - já repudiaram a teoria clássica da imunidade absoluta naquelas questões em que o Estado estrangeiro intervém em domínio essencialmente privado. Os Estados Unidos da America - abandonando a posição dogmática que se refletia na doutrina consagrada por sua Corte Suprema em Schooner Exchang v. McFaddon (1812) - fizeram prevalecer, já no início da década de 1950, em típica declaração unilateral de caráter diplomático, e com fundamento nas premissas expostas na Tate Letter, a conclusão de que "tal imunidade, em certos tipos de caso, não devera continuar sendo concedida". O Congresso americano, em tempos mais recentes, institucionalizou essa orientação que consagra a tese da imunidade relativa de jurisdição, fazendo-a prevalecer, no que concerne a questões de índole meramente privada, no Foreign Sovereign Immunities Act (1976). DESISTENCIA DO RECURSO. NECESSIDADE DE PODER ESPECIAL. Não se revela lícito homologar qualquer pedido de desistência, inclusive o concernente a recurso já interposto, se o Advogado não dispõe, para tanto, de poderes especiais (CPC, art. 38). AUSÊNCIA DE MANIFESTAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO. A jurisprudência dos Tribunais e o magisterio da doutrina, pronunciando-se sobre a ausência de manifestação do Ministério Público nos processos em que se revela obrigatória a sua intervenção, tem sempre ressaltado que, em tal situação, o que verdadeiramente constitui causa de nulidade processual não é a falta de efetiva atuação do Parquet, que eventualmente deixe de emitir parecer no processo, mas, isso sim, a falta de intimação que inviabilize a participação do Ministério Público na causa em julgamento. Hipótese inócurrenente na espécie, pois ensejou-se a Procuradoria-Geral da Republica a possibilidade de opinar no processo. (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 139671/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de março de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>>. Acesso em: 11 junho. 2017).

imunidade de jurisdição limitada, a partir da distinção do binômio império-gestão dos atos dos sujeitos de direito público externo, é reiterada sem ressalvas. Mesmo entendimento é esposado sem embargos no Superior Tribunal de Justiça⁸⁶.

Verifica-se, portanto, que a doutrina e a *opinio iuris* dos tribunais são uníssonas no que concerne ao abandono da imunidade de jurisdição absoluta no país, em conformidade com o que ocorria no exterior, constante de seu primeiro precedente, o aresto da suprema corte americana oriundo do caso *Schooner Exchange Vs. McFaddon*.

A partir dessa superação de idiosincrasia referente à impossibilidade de se submeter um ente soberano à jurisdição de outro, construiu-se a noção de que atos de gestão do sujeito de direito externo são, indubitavelmente, jurisdicionáveis ainda que noutros territórios. Desse modo, a pergunta em voga deixa de ser se se pode sujeitar um Estado à jurisdição de outro para se perquirir sobre que ato seu pode ser apreciado por Justiça que não lhe pertence.

Paulo Henrique Gonçalves Portela enumera atos que são eminentemente decorrentes da soberania estatal: atos de guerra, atos de concessão ou de denegação de visto e atos de admissão de estrangeiro ao território de um Estado ou que configurem impedimento de ingresso ou deportação⁸⁷.

Valerio de Oliveira Mazzuoli traz à baila, em seu curso de direito internacional público, a notícia de que o *Institut de Droit International* propôs-se,

⁸⁶ CIVIL. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MATERIAIS E MORAIS. ESTADO ESTRANGEIRO DEMANDADO. IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO. INAPLICABILIDADE, IN CASU. JUNTADA DE DOCUMENTOS EMLÍNGUA ESTRANGEIRA. PRESCINDIBILIDADE, IN CASU, DE TRADUÇÃO JURAMENTADA. AUSÊNCIA DE PREJUÍZO À INSTRUÇÃO DO FEITO. RESCISÃO DE CONTRATO TÁCITO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE ELEMENTOS PROBATÓRIOS DA EXISTÊNCIA DO ACERTO. RECURSO ORDINÁRIO A QUE SE NEGAPROVIMENTO. 1. A imunidade de jurisdição só abarca os atos praticados de jure imperii, daí excluídos, portanto, aqueles praticados de jure gestionis, vez que equiparados estes aos atos corriqueiros das vidas civil e comercial comuns. (Precedentes: RO 72/RJ, Rel. Min. JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, QUARTA TURMA, DJe de 08/09/2009; e RO 6/RJ, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, DJU de 10/05/1999). 2. Hodiernamente não se há de falar mais em imunidade absoluta de jurisdição, vez que se admite seja a mesma excepcionada nas hipóteses em que o objeto litigioso tenha como fundo relações de natureza meramente trabalhista, comercial ou civil, como ocorre na hipótese dos autos, onde o que pretende o autor da demanda é obter reparação civil pelo suposto descumprimento de contrato verbal celebrado com o demandado para a elaboração de projeto para realização de exposição que se realizaria no Rio de Janeiro, sob denominação de "EXPO MÉXICO - SÉCULO XXI". (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário nº 26/RJ**. Relator: Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS). Brasília, 07 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9901991&num_registro=200300491443&data=20100607&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 junho. 2017).

⁸⁷ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 189.

ainda em 1891, a distinguir o ato jurisdicionável de um sujeito de direito público externo perante justiça alienígena daquilo que guardaria sua soberania. Inscreveu o instituto no rol de atos que não se revestem pelo manto da imunidade de jurisdição: i) as ações reais, inclusive as possessórias, relativas a uma coisa imóvel ou móvel, que se encontre no território; ii) as ações fundadas na qualidade do Estado estrangeiro como herdeiro ou legatário de um súdito do território ou com direito a uma sucessão aberta no território; iii) as ações relativas a um estabelecimento de comércio ou industrial ou a uma estrada de ferro explorados pelo Estado estrangeiro no território; iv) as ações para as quais o Estado estrangeiro tenha expressamente reconhecido a competência do tribunal; v) as ações decorrentes de contratos concluídos pelo Estado estrangeiro no território, se a execução completa sobre este mesmo território possa ser requerida de acordo com uma cláusula expressa ou segundo a natureza da ação; e vi) as ações por perdas e danos originadas de um delito ou quase delito ocorrido no território⁸⁸.

A Convenção das Nações Unidas sobre Imunidade de Jurisdição do Estado e de seus Bens, de 2004, em que pese o Brasil não a ter ratificado até o presente momento, define as matérias que não são comportadas pela imunidade de jurisdição. Dado que o pacto regulamenta, em verdade, o que já ocorre na praxe internacional entre as relações jurídico-políticas de sujeitos de direito público externo e que a vinculação do país a referido documento é um caminho natural a ser percorrido, verificar-se-á o que ele dispõe à guisa de atos jurisdicionáveis.

André Lipp Pinto Basto Lupi, em artigo sobre essa convenção, informa⁸⁹ que as lides referentes a (i) transações comerciais (artigo 10); (ii) relações de trabalho com pessoas não nacionais do Estado empregador ou residentes no Estado do local da prestação dos serviços (artigo 11); (iii) danos decorrentes de lesão ou morte ou à propriedade estrangeira, tangível ou intelectual (artigos 12 e 14); (iv) disputas sobre imóveis ou sobre bens envolvidos em procedimentos sucessórios, vacância ou doação (artigo 13); (v) questões relativas a empresas nas quais o Estado tenha participação (artigo 15); (vi) navios usados para fins não governamentais (artigo 16); e (vii) cláusulas arbitrais e compromissos arbitrais a que o Estado tenha se aderido

⁸⁸ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 597.

⁸⁹ LUPU, André Lipp Pinto Basto. A CONVENÇÃO SOBRE IMUNIDADE DO ESTADO E SEUS BENS E O DIREITO BRASILEIRO. In: **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1784/1367>>. Acesso em: 17 Jun. 2017.

não gozam de imunidade de jurisdição, não havendo que se falar em impossibilidade de se resolver o litígio, ainda que de um ente soberano, por corte externa investida de tal competência.

No que cabe especificamente em relação ao objeto deste capítulo, a investigação da possibilidade de a Administração Pública brasileira convencionar arbitragem a se desenvolver perante órgãos internacionais, não pairam dúvidas de que, da regra consuetudinária em vigor do Direito dos Povos, exercida, também, pelo Brasil, de isentar os entes soberanos de jurisdição alienígena quando nessa condição agirem para, em contrapartida, conferir jurisdicionabilidade fora de seus territórios a todos seus atos que revelem seu *ius gestionis*, verifica-se que a sujeição de um Estado a um órgão estrangeiro de arbitragem não viola sua imunidade jurisdicional, quer por a constituição de juízo arbitral expressar ato de gestão, quer por o ente soberano submeter-se-lhe⁹⁰ expressamente, renunciando, portanto, a sua prerrogativa.

Em se tratando da análise do apoio do ato estatal que convencionou a arbitragem, é inegável que ele se sustenta no *ius gestionis* do Estado. Conquanto a disceptação sobre a dicotomia entre *ius imperii* e *ius gestionis*, na doutrina e na própria jurisprudência, tenha galgado grandes espaços de ilações a respeito do conceito de um e dos contornos do outro, a impressão que se tem é que se perdeu de vista a premissa exclusiva do *ius imperii* em seu exame – a soberania. O que vale dizer: tudo o que outrem, além do Estado, possa, lícitamente, fazer, em nome próprio, emana do *ius gestionis*. Se só o Estado dispõe de soberania – *ius imperii* – tudo aquilo que seja lícito a um sujeito que não Ele corresponde, necessariamente, a ato de gestão, ainda que vertido pelo ente soberano. Não por outra razão que as Nações Unidas constaram, expressamente, do texto de sua convenção sobre imunidade de jurisdição do Estado e de seus bens que a convenção de arbitragem por cláusula compromissória ou compromisso diz respeito ao *ius gestionis* do sujeito de direito público externo, não guardando, assim, no que tange à matéria-objeto atribuída ao tino do juízo contratado, imunidade de jurisdição.

⁹⁰ A cláusula compromissória de arbitragem ou o compromisso arbitral, no Brasil, considerando que alguns ordenamentos jurídicos nem fazem mais essa distinção cronológica da avença, à guisa da Espanha, opera dois efeitos, nominados positivo e negativo. O primeiro refere-se ao deslocamento da competência para apreciar a lide em direção ao juízo arbitral; o segundo diz da renúncia a qualquer outra jurisdição.

Dessa forma, considerando que a análise deste trabalho, em verdade, refere-se a uma eventual imunidade de jurisdição da Administração Pública, isto é, não propriamente do Estado brasileiro, sujeito de direito público externo, mas, sim, de suas pessoas jurídicas de direito público ou privado doméstico, sejam elas unidades políticas, sejam elas subunidades administrativas, tem-se que: se o Estado brasileiro, ente soberano por excelência, ainda que pessoas jurídicas de direito público interno com gênese da divisão política, tais quais estados e municípios, detenham poderes resultantes da soberania, como o de legislar, não dispõe de imunidade de jurisdição no que concerne à resolução de litígio em órgão arbitral alienígena, nos termos da convenção de arbitragem pertinente, muito menos a terá entidades estatais de direito público ou privado interno, por não manifestarem soberania ou não o poderem fazer em sua expressão máxima. Nesse caso, o Estado brasileiro, sujeito de direito público externo, é o mais. A Administração Pública, o menos.

Deixando a questão da arbitragem internacional da Administração Pública num segundo plano a fim de se examinar *per si* a invocação da imunidade de jurisdição por estado-membro ou por pessoas não políticas do Estado, Guido Soares, em sua obra intitulada *das imunidades de jurisdição e de execução*, traz uma pesquisa relevante referente a essa prerrogativa quando pugnada por suas unidades políticas e por suas subunidades administrativas.

Em relação à outorga de imunidade de jurisdição a estados-membros, Soares informa contendas em que se reconheceu sua possibilidade, à guisa de *Sullivan v. State of São Paulo* e *Monaco v. Mississippi*, constantes da jurisprudência norte-americana. As razões para o reconhecimento da prerrogativa ao estado de São Paulo, por exemplo, dizem respeito ao fato de, na federação brasileira, suas unidades comportarem-se como na americana, tendo sido ressaltada a possibilidade de o governo americano estabelecer relações diplomáticas com o estado paulista⁹¹.

Por outro lado, na França, rejeitou-se a concessão de imunidade de jurisdição ao estado do Ceará, em 1932, e ao estado do Amazonas, em 1949. As justificativas levantadas para o primeiro caso concernem à falta de relações diplomáticas próprias e de personalidade no âmbito das relações políticas externas.

⁹¹ SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 133-134.

No mesmo sentido, em relação ao estado amazonense, indicou-se a ausência de personalidade de direito internacional⁹².

Quanto à atribuição de referida prerrogativa às subunidades administrativas do Estado, quais autarquias, empresas, sociedades de economia mista e fundações, Guido Soares entende que, para examinar sua presença, tem de se desprezar a composição societária desses entes para que se dê lugar à mesma discussão que exsurge quando o próprio ente soberano está envolvido na controvérsia, isto é, extrair a imunidade de jurisdição ou sua inexistência em função do ato praticado por eles⁹³.

Ante o exposto, constata-se que, aprioristicamente, o fato de ser a Administração Pública parte no litígio, e não o sujeito de direito público internacional, não implica o afastamento imediato da imunidade de jurisdição, na forma que se a conhece hoje – restrita. A questão é dirimida, pois, pela natureza do ato praticado: se se reveste do *ius gestionis*, não há que se falar em imunidade de jurisdição; se decorre do *ius imperii*, a prerrogativa incide independentemente da pessoa jurídica ser o próprio ente soberano ou não.

Evidentemente que, em não se tratando do Estado, as hipóteses de imunidade de jurisdição diminuem vertiginosamente, porquanto suas divisões políticas guardam parcelas de poder oriundas de sua soberania, que se reduzem, ainda mais, quando não acabam, na criação de suas subunidades administrativas.

No que cabe, portanto, à sujeição da Administração Pública a órgão arbitral externo em contratos administrativos, considerando que: (i) a convenção de arbitragem diz respeito, indubitavelmente, a ato jurídico de seu *ius gestionis*, assim como todo o objeto contratual⁹⁴; e (ii) o efeito positivo da cláusula arbitral atribui competência para o deslinde do impasse ao juízo avençado, verifica-se que ela, nessa situação, não detém imunidade de jurisdição, não se constituindo essa

⁹² SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 133.

⁹³ SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984. p. 138.

⁹⁴ De acordo com o magistério de Eros Roberto Grau: "Por isso - repita-se -, embora a Administração disponha, no dinamismo do *contrato administrativo*, de poderes que se tomam como expressão de *puissance publique* [alteração unilateral da relação, v.g.], essa relação não deixa de ser contratual, os atos praticados pela Administração enquanto parte nessa mesma relação, sendo expressivos de meros atos de *gestão*". (Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação**: arbitragem aplicada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 820).

prerrogativa, dada sua inexistência, como óbice à composição da lide por corte internacional.

4.2 DA EXEQUIBILIDADE DA SENTENÇA ARBITRAL ESTRANGEIRA À LUZ DA IMUNIDADE DE EXECUÇÃO

Se, *ab initio*, fala-se em imunidade de jurisdição, isto é, a prerrogativa que revela a impossibilidade de julgar um ente que a detém ante o órgão jurisdicional, tendo em vista que o bem da vida não é, necessariamente, conferido à parte vencedora ao fim do processo de conhecimento, exsurge, como consectário lógico, a vedação à execução do título à revelia da parte cuja personalidade já impedia o *judicium*.

Nesse sentido, imunidade de execução é o atributo, com origem em norma consuetudinária do direito das gentes, de que dispõe o ente, a fim de que não tenha violada sua esfera patrimonial. Está intimamente conectada com a imunidade de jurisdição de sorte que todas as peculiaridades dessa prerrogativa refletem-lhe também.

Historicamente, nos costumes dos povos, a imunidade de execução teve seus contornos jurídicos modelados à semelhança de seu par, a imunidade de jurisdição. Assim, a partir da mitigação do dogma que demandava o reconhecimento da impossibilidade de *judicium* por uma jurisdição frente a determinado sujeito, a imunidade de execução transformava-se, também, para permitir que os bens não afetos a seu *ius imperii* pudessem ser executados igualmente àqueles pertencentes a uma pessoa comum.

Dessa forma, Accioly, em seu manual de direito internacional público, assevera que a imunidade de execução somente pode comportar os bens estatais destinados ao exercício da soberania; no que cabe a todos os outros, o particular pode ter atendido o pedido de sua constrição, ainda que de propriedade do Estado ou de seus desmembramentos, desde que comprovada sua desafetação⁹⁵.

⁹⁵ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 373.

Nesses termos, Marcelo Varella indica que os Estados Unidos, o Reino Unido e a Itália reconhecem a possibilidade da execução de bens de Estado estrangeiro quando não estejam vinculados a sua soberania⁹⁶. Valerio Mazzuoli informa que, na Alemanha, também já se admitiu constrição forçada de bens relacionados a seu *ius gestionis*, ressaltando-se os móveis e os imóveis de missão diplomática, navios de guerra e equipamentos das forças armadas estrangeiras⁹⁷.

Varella traz um interessante caso dos precedentes britânicos, ao ressaltar que, no Reino Unido, as imunidades não salvaguardam propriedades destinadas a fins comerciais ou com previsão de tal destinação⁹⁸. A contenda aludida referia-se à Colômbia, de um lado, e, do lado privado, *Alcom Ltd*. O ente particular acionou o Estado colombiano para saldar uma dívida no valor de 41 mil libras esterlinas oriunda de um contrato. Perquiriu-se sobre a possibilidade de o numerário necessário para o pagamento advir de uma conta bancária sob titularidade da Embaixada da Colômbia em Londres. O Ente estatal arguiu a impossibilidade em decorrência de a verba disponível naquele local ser utilizada para a manutenção da Embaixada. O judiciário inglês, observando que a extensão da Colômbia na Inglaterra dependia, especialmente, de seus funcionários, pagos diretamente pelo governo colombiano, e que os registros de gastos da conta relacionavam-se, também, com transações comerciais, à guisa de compra de material de escritório e de bilhetes aéreos, determinou que a dívida fosse solvida com seus recursos⁹⁹.

No Brasil, a jurisprudência, apesar de já ter reconhecido que a imunidade de jurisdição não é absoluta, como se vislumbrou alhures, majoritariamente, tem mantido incólume a imunidade de execução. Assim, ressaltando-se julgados¹⁰⁰ do

⁹⁶ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358.

⁹⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 611.

⁹⁸ VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358.

⁹⁹ House of Lords. *Contencioso entre Alcom Ltd. e a Colômbia e Anor*. Decisão de 24/10/1983. *Apud* VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 358-359.

¹⁰⁰ RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. ESTADO ESTRANGEIRO. CONSULADO GERAL DA ÍNDIA. IMUNIDADE RELATIVA DE JURISDIÇÃO E EXECUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE DE RECAIR PENHORA SOBRE BENS AFETOS À REPRESENTAÇÃO DIPLOMÁTICA. CONCESSÃO DA SEGURANÇA. Nos termos da jurisprudência do Excelso STF e desta Corte, é relativa a imunidade de jurisdição e execução do Estado estrangeiro, não sendo passíveis de constrição judicial, contudo, os bens afetados à representação diplomática. Assim, deve ser parcialmente concedida a segurança, a fim de se determinar que não recaia penhora sobre bens atrelados, estritamente, à representação diplomática ou consular do impetrante. Precedentes. Recurso ordinário em mandado de segurança conhecido e parcialmente provido. (BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso ordinário em mandado de segurança nº 1258500-04.2008.5.02.0000**. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 19 de abril de 2011. Disponível em: <

Tribunal Superior do Trabalho, não é possível, no país, executar bens aqui localizados pertencentes a Estado estrangeiro, ou a seus desmembramentos, ainda que digam respeito, estritamente, a atividades negociais, sem qualquer relação com a expressão de sua soberania.

Forma-se aí um contrassenso. Na medida em que se possibilita o *judicium* de entes soberanos alienígenas pelo judiciário nacional, sob a justificativa de que não existe norma consuetudinária externa que importe a imunidade de jurisdição absoluta, qual ressaltou o ministro Francisco Rezek no precedente que fulminou esse dogma no Brasil, e se verifica que, da mesma forma, não há costume no direito das gentes que implique a impossibilidade de exercício do *imperium* de um Estado sobre bens de outro que não revelem sua soberania, a exemplo do caso aludido da Justiça britânica, em que bens colombianos foram executados, não se poderia, em homenagem à coerência, arguir a imunidade de execução absoluta.

Portela, em analisando essa incongruência, adverte que a imunidade de execução deveria ser relativizada também no país, tendo-se em vista a lógica elementar que se sucede com a imunidade de jurisdição¹⁰¹. No mesmo sentido, o ministro da Suprema Corte Celso de Mello já exceptuou o entendimento da imunidade de execução absoluta, nos termos que se seguem:

EXECUÇÃO JUDICIAL CONTRA ESTADO ESTRANGEIRO. COMPETÊNCIA ORIGINÁRIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (CF, art. 102, I, “e”). IMUNIDADE DE JURISDIÇÃO (imunidade à jurisdição cognitiva) E IMUNIDADE DE EXECUÇÃO (imunidade à jurisdição executiva). O “STATUS QUAESTIONIS” NA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. DOUTRINA. PREVALÊNCIA DO ENTENDIMENTO NO SENTIDO DA IMPOSSIBILIDADE JURÍDICA DE EXECUÇÃO JUDICIAL CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS, EXCETO NA HIPÓTESE DE EXPRESSA RENÚNCIA, POR ELES, A ESSA PRERROGATIVA DE ORDEM JURÍDICA. POSIÇÃO PESSOAL DO RELATOR (MINISTRO CELSO DE MELLO), QUE ENTENDE VIÁVEL A EXECUÇÃO CONTRA ESTADOS ESTRANGEIROS, DESDE QUE OS ATOS DE CONSTRIÇÃO JUDICIAL RECAIAM SOBRE BENS QUE NÃO GUARDEM VINCULAÇÃO ESPECÍFICA COM A ATIVIDADE DIPLOMÁTICA E/OU CONSULAR. OBSERVÂNCIA, NO CASO, PELO RELATOR, DO PRINCÍPIO DA COLEGIALIDADE. JULGAMENTO DA CAUSA NOS TERMOS DA JURISPRUDÊNCIA PREDOMINANTE NO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PROCESSO DE EXECUÇÃO DECLARADO EXTINTO, SEM RESOLUÇÃO DE MÉRITO.

<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%20125850004.2008.5.02.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL3KAAW&dataPublicacao=19/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>. Acesso em: 15 junho. 2017).

¹⁰¹ PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016. p. 193.

[...] Tenho para mim, no entanto, que, além da hipótese de renúncia por parte do Estado estrangeiro à imunidade de execução, também se legitimará o prosseguimento do processo de execução, com a consequente prática de atos de constrição patrimonial, se e quando os bens atingidos pela penhora, p. ex., não guardarem vinculação específica com a atividade diplomática e/ou consular desempenhada, em território brasileiro, por representantes de Estados estrangeiros. Assinalo que fiquei vencido, na honrosa companhia dos eminentes Ministros AYRES BRITTO, RICARDO LEWANDOWSKI, JOAQUIM BARBOSA e CEZAR PELUSO, no julgamento da ACO 543-AgR/SP, no qual se reconheceu assistir ao Estado estrangeiro, de modo absoluto, imunidade à jurisdição executiva (imunidade de execução). Deixei consignado, então, em meu voto vencido, que a imunidade de execução, à semelhança do que sucede com a imunidade de jurisdição, também não constitui prerrogativa institucional absoluta que os Estados estrangeiros possam opor, quando instaurado, contra eles, perante o Poder Judiciário brasileiro, processo de execução.

Ao assim decidir, salientei que se revelaria possível fazer incidir a constrição judicial sobre bens de Estado estrangeiro, localizados em território nacional, desde que o credor exequente demonstrasse que tais bens não se achavam afetados a uma específica destinação diplomática e/ou consular, tal como corretamente decidiu o E. Tribunal Superior do Trabalho [...] ¹⁰².

Mazzuoli, no contexto das Nações Unidas, alerta que sua Convenção sobre Imunidades Jurisdicionais do Estado e de Seus Bens não contempla a regra absoluta de imunidade de execução, na mesma esteira de seu par. Segundo ele, seu artigo 19 dispõe que ela resta afastada quando: (i) há consentimento expresso do Estado em relação à execução forçada, que pode se operar por formas determinadas – (a) por tratado internacional, (b) por arbitragem ou por outro contrato escrito e (c) por declaração escrita à corte, depois do surgimento do conflito; (ii) há reserva ou afetação de bem para satisfação do pedido do exequente; ou (iii) há bem não utilizado para serviço público sem fins comerciais situado no território de jurisdição onde ocorre a execução, que tenha a ver com o objeto da demanda ¹⁰³.

Dessa forma, colhe-se que, deveras, não há como se falar em um costume internacional que impeça, de modo absoluto, a constrição judicial sobre bens de um Estado estrangeiro, sendo possível encontrar julgados em que o próprio Brasil, por meio de subunidade administrativa, foi, efetivamente, executado. Por conseguinte,

¹⁰² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação cível originária nº 709/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28709%2E%2E+O+U+709%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ya36368r>>. Acesso em: 17 junho. 2017.

¹⁰³ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016. p. 612.

não se afigura razoável que a jurisprudência doméstica insista na imunidade de execução irrestrita a fim de não destiná-la, tão somente, aos casos em que os bens do sujeito de direito público externo sejam, de fato, instrumentos de consecução de sua soberania.

Diante disso, no que se refere à exequibilidade de um laudo arbitral externo que envolva a Administração Pública, a depender do grau de incidência da imunidade de execução atribuído pelo Estado onde se processa a execução, se absoluto ou relativo, têm-se dois cenários que se lhe vinculam. Um decorre da premissa de que a prerrogativa é limitada e, portanto, independentemente da parte executada, é possível que a constrição judicial ocorra, pelo menos, num país que não seja o Brasil, bastando, para isso, a existência de bens aptos a ela, num ou noutro território. A outra situação é oriunda da ideia de imunidade de execução absoluta. Nesse contexto, somente o judiciário nacional pode vir a executar o título, se o Poder Público for o executado; se ele for exequente, poderá pugnar a constrição na Justiça de, pelo menos, um país que não o Brasil.

Primeiro cenário: o exequente pleiteará a constrição judicial dos bens aptos a ela nas Justiças que reconheçam a exequibilidade do título ou, ainda, nos países que possam vir a reconhecê-la, mediante ação de homologação de sentença internacional, a exemplo do Brasil.

Segundo cenário: o número de jurisdições aptas – ou que podem ficar – a executar o título depende da parte exequente. Se a exequente for a Administração Pública, a situação não muda em relação ao primeiro cenário. Se o exequente for o particular, só será possível ocorrer a execução no Brasil, a partir da homologação da sentença arbitral alienígena pelo Superior Tribunal de Justiça.

Em sendo assim, a sentença arbitral externa sempre poderá ser exequível, pelo menos, na Justiça brasileira, com fulcro no § 3º do art. 960 do Código de Processo Civil e na forma da Convenção de Nova Iorque de 1958, com *status* de lei ordinária no país desde 2002.

4.3. ASPECTOS DA AÇÃO DE HOMOLOGAÇÃO DE SENTENÇAS ARBITRAIS ESTRANGEIRAS E DA CONCESSÃO DE *EXEQUATUR* A DECISÕES INTERLOCUTÓRIAS E DE URGÊNCIA

A intensificação das relações jurídicas entre sujeitos de direito das mais diversas nacionalidades em decorrência da globalização acaba por exigir a criação de mecanismos legais que regulamentem as novas situações. Assim, para novos fatos, criam-se novas normas.

No Brasil, a resposta jurídica a esse processo de transformação nas relações econômico-sociais entre agentes internacionais advém, mais recentemente, do novo Código de Processo Civil. Dessa forma, um de seus capítulos diz respeito à cooperação internacional, que, segundo Leonardo de Campos Melo, é marcado por quatro vertentes principais: (i) os limites da jurisdição nacional; (ii) a cooperação internacional *stricto sensu* – que agasalha a homologação de sentença estrangeira; (iii) o auxílio direto; e (iv) a carta rogatória – pela qual se pode dar cumprimento a decisões interlocutórias e de urgência de órgãos arbitrais alienígenas¹⁰⁴.

O novel diploma legal estabelece, em seu artigo 27, que a cooperação jurídica internacional suceder-se-á, dentre outros meios, pela homologação de sentença e cumprimento de decisão. Nesse sentido, seu artigo 40 prevê esses mecanismos como forma de executar decisão estrangeira. Finalmente, do preceptivo 960 ao 965, alude-se a normas a serem observadas na ação de homologação e na concessão de *exequatur* a decisões¹⁰⁵.

A competência originária para apreciação da ação de homologação e concessão de *exequatur* de decisões alienígenas foi deslocada do Supremo Tribunal Federal para o Superior Tribunal de Justiça, na forma da Emenda Constitucional nº 45. O regimento interno dessa corte superior estatui que compete, privativamente, a seu presidente, conhecer desses pedidos. Em se lhes apresentando contestação, seu órgão especial assume essa atribuição, a partir do que se designa um relator, que fará a instrução do processo e, não sendo o caso de julgamento monocrático, submetê-los-á ao alvedrio do colégio especial¹⁰⁶.

¹⁰⁴ MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 372.

¹⁰⁵ MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 372-373.

¹⁰⁶ MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 373.

O procedimento das ações de homologação de laudo arbitral externo é regulamentado, fundamentalmente, pela Convenção de Nova Iorque de 1958, com *status* de lei ordinária no país desde 2002, tendo-se em vista que o § 3º do dispositivo 960 do Código de Processo Civil determina que serão observadas as normas pertinentes ao tema previstas em tratado e em lei, aplicando-se-o subsidiariamente¹⁰⁷. Além da referida convenção, a Lei 9.307/1996 também dispõe sobre a homologação de sentenças arbitrais estrangeiras, conferindo, contudo, em seu artigo 34, primazia ao tratado¹⁰⁸.

Não há incompatibilidade entre a Lei de Arbitragem Brasileira e a Convenção de Nova Iorque no que concerne aos requisitos formais para a homologação e a matérias de defesa, porquanto eles foram reproduzidos, do tratado, quase na íntegra, pelo diploma legal. Há algumas disposições a mais, na Lei, referentes ao próprio procedimento a ser percorrido a fim de se vislumbrar o laudo arbitral homologada. Aplicam-se, ainda, as disposições do preceptivo 216, letras A a N, do regimento interno do Superior Tribunal de Justiça por imposição do § 2º do art. 960 do Código de Processo Civil¹⁰⁹.

Por força dos incisos VIII e IX do art. 515 do Código de Processo Civil, a sentença arbitral estrangeira homologada e a decisão interlocutória externa a cuja carta rogatória o Superior Tribunal de Justiça outorgou *exequatur* constituem títulos executivos judiciais no território brasileiro, que poderão ser executados, em primeira instância, no juízo federal cível competente, de acordo com o que determina o inciso X do dispositivo constitucional 109; o preceptivo 965 do Código de Processo Civil; e, por derradeiro, o artigo 216-N do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça¹¹⁰.

¹⁰⁷MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 374.

¹⁰⁸MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 375.

¹⁰⁹MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 376.

¹¹⁰MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 374.

5. CONCLUSÃO

Tendo-se em vista o afogamento do Poder Judiciário e as vantagens da arbitragem, não há dúvidas de que esse instrumento poderá ser mais eficiente para a Administração Pública em determinada ocasião, comparando-o com o caminho comum de deslinde de impasses oriundos de seus contratos, a jurisdição estatal.

Considerando que as ilações sobre sua inconstitucionalidade no ordenamento jurídico não prosperam, como se verifica no aresto colhido do Supremo Tribunal Federal, e que, em que pese a recalcitrância de seu uso na esfera pública, o Estado atende, sim, ao requisito subjetivo da Lei 9.307/1996 para convencionar juízo arbitral, não se podendo negar essa ferramenta ao administrador, sob pena de não o permitir perseguir o bem comum. Dada a possibilidade de o Poder Público avençar cláusula compromissória de arbitragem, exsurge a questão da existência ou não de direito patrimonial disponível no âmbito estatal. Podem-se adotar quatro posicionamentos.

O primeiro, clássico, informa que ele não possui direito disponível, na linha capitaneada por Celso Antônio Bandeira de Mello, tendo-se, para tanto, de ignorar duas objeções – impossibilidade de se conferir o caráter vertical, de forma abstrata, apriorística e integral, a todos os atos jurídicos praticados pela Administração Pública, com o advento da constitucionalização do direito administrativo; e, ainda que se admitisse essa verticalidade, para, então, esposar a indisponibilidade irrestrita dos direitos da Administração Pública, ela esbarraria em sua própria definição conceitual.

O segundo afirma que a arbitragem seria possível nos contratos privados da Administração para lhe negar a possibilidade nos contratos administrativos, decorrendo, então, a necessidade de ficar alheio ao fato de que a premissa dessa vertente está em falso; de que ela não explica a razão por que um contrato que era, originariamente, de natureza privada, com direitos disponíveis, perde-os, em se transformando em administrativo; de que ela abandona o requisito estatuído em lei para analisar a possibilidade de se convencionar equivalente jurisdicional; e de que ela reproduz algumas impropriedades da doutrina clássica.

O terceiro assevera que, num mesmo acordo, existem direitos disponíveis e indisponíveis, embora também não consiga elidir algumas incongruências, quais:

abandona a disponibilidade, pelo menos diretamente, como requisito da convenção de arbitragem sobre o objeto para se procurarem outros pressupostos que explicariam a possibilidade ou a impossibilidade da avença de sujeição a juízo privado; alude-se a critérios de verificação de disponibilidade que não foram estabelecidos pela lei, tendo-se em vista contornos em comum entre aqueles e essa, mas que não, necessariamente, causam as mesmas consequências; também é reproduzido vício da doutrina clássica ao se confundir caráter vertical do ato jurídico com indisponibilidade do bem que ele protege, isto é, infirma-se que a indisponibilidade ou, melhor dizendo, inafastabilidade dos mandamentos de ordem pública equivale à indisponibilidade dos direitos de que eles cuidam; e constrói um entendimento contra legem no sentido de que, ao árbitro, é vedado o conhecimento de matéria de ordem pública.

O quarto diz da disponibilidade do objeto como requisito para o próprio contrato, no sentido da parêmia aludida por Gustavo Binenbojm de que o poder de avançar arbitragem é implícito ao de contratar. Dessa forma, se a lei possibilita, ao Estado, independentemente da questão doutrinária de sua regência operar-se pelo direito comum ou público, contratar, seja (a execução de) uma obra, seja (a execução de) um serviço - ou sua transferência -, seja um fornecimento (de quaisquer bens), seja um aluguel (de quaisquer bens), seja uma gestão, seja uma parceria, seja uma aquisição, e tão somente pela permissão de contratar, ela atribui disponibilidade ao direito na mesma proporção que lho permite fazer.

Em sendo possível, portanto, tomar como premissa a existência de direitos patrimoniais disponíveis no erário e que a Administração Pública atende à exigência legal subjetiva para o envide do juízo não estatal, verifica-se a possibilidade de ela se sujeitar a órgão arbitral estrangeiro na forma de cláusula compromissória pactuada, dado que, nesse caso, ela não goza de imunidade de jurisdição e o título proveniente dessa arbitragem poderá ser exequível, pelo menos, no Brasil.

REFERENCIAL BIBLIOGRÁFICO

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G.E. do nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público** 22ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 371.

AMARAL, Antônio Rodrigues do. Arbitragem: oportunidades, riscos e desafios. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

BATISTA, Pedro A. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008.

BINENBOJM, Gustavo. As parcerias público-privadas (PPPS) e a constituição. In: **Revista de Direito Administrativo**. Rio de Janeiro, v. 241, p. 159-176, jan. 2015.

BINENBOJM, Gustavo. Da supremacia do interesse público ao dever de proporcionalidade: um novo paradigma para o direito administrativo. In: **Revista de Direito Administrativo**, Rio de Janeiro, v. 239, p. 1-32, jan. 2015.

BRASIL. Constituição (1988). **Constituição da República Federativa do Brasil** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm> Acesso em: 09 abr. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Mandado de Segurança 11308/DF**. Relator: Min. Luiz Fux. Brasília 19 de maio de 2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=3891216&num_registro=200502127630&data=20080519&tipo=5&formato=PDF> Acesso em: 12 maio. 2017.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Recurso ordinário nº 26/RJ**. Relator: Min. Vasco Della Giustina (desembargador convocado do TJ/RS). Brasília, 07 de junho de 2010. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/documento/mediado/?componente=ATC&sequencial=9901991&num_registro=200300491443&data=20100607&tipo=5&formato=PDF>. Acesso em: 12 junho. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Ação cível originária nº 709/SP**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 30 de agosto de 2013. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28%28709%20ENOME%2E+OU+709%2EDMS%2E%29%29+NAO+S%2EPRES%2E&base=baseMonocraticas&url=http://tinyurl.com/ya36368r>>. Acesso em: 17 junho. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental em sentença estrangeira nº 5206-7/ EP -Espanha – Distrito Federal**. Relator: Min. Sepúlveda Pertence. Brasília, 12 de dezembro de 2001. Disponível em :

<<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=345889>>. Acesso em: 10 maio. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Agravo regimental no agravo de instrumento nº 139671/DF**. Relator: Min. Celso de Mello. Brasília, 29 de março de 1996. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=275004>>. Acesso em: 11 de junho. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Apelação Cível nº 9696/SP**. Relator: Min. Sydney Sanches. Brasília, 12 de outubro de 1990. Disponível em: <<http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=25118>>. Acesso em: 5 de junho. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso ordinário em mandado de segurança nº 1258500-04.2008.5.02.0000**. Relator: Min. Alberto Luiz Bresciani de Fontan Pereira. Brasília, 19 de abril de 2011. Disponível em: <<http://aplicacao5.tst.jus.br/consultaunificada2/inteiroTeor.do?action=printInteiroTeor&format=html&highlight=true&numeroFormatado=RO%20-%20125850004.2008.5.02.0000&base=acordao&rowid=AAANGhAA+AAAL3KAAW&dataPublicacao=19/04/2011&localPublicacao=DEJT&query=>>>. Acesso em: 15 de junho. 2017.

CRISTÓVAM, José Sérgio da Silva. **O conceito de interesse público no Estado Constitucional de Direito**: o novo regime jurídico administrativo e seus princípios constitucionais estruturantes. 2014. Tese (Doutorado em Direito). Programa de Pós Graduação em Direito, Universidade Federal de Santa Catarina (UFSC), Florianópolis, 2014. Disponível em: <<https://repositorio.ufsc.br/xmlui/bitstream/handle/123456789/123431/327169.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acesso em: 06 de maio 2017.

DE MELLO, Celso Antônio Bandeira. **Curso de Direito Administrativo**. 26 ed. São Paulo: Malheiros, 2009.

DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella. **Direito Administrativo**. 25 ed. São Paulo: Atlas, 2012.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito Civil Brasileiro**. Parte Geral. 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

GRAU, Eros Roberto. Da arbitrabilidade de litígios envolvendo sociedades de economia mista e da interpretação de cláusula compromissória. In: WALD, Arnoldo. Org. **Arbitragem e Mediação**: arbitragem aplicada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014. p. 811-826.

HILST, Silvia de Lima. Arbitragem na Administração Pública: O Caso das Parcerias Público-Privadas. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. Coord. **Mediação, Arbitragem e Conciliação**. Rio de Janeiro, Forense, 2008. p. 305-338.

JUNIOR, Nelson Nery; NERY, Rosa Maria de Andrade. **Código Civil Comentado**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

LIMA, Sérgio Mourão Corrêa. **Arbitragem aspectos fundamentais**. Rio de Janeiro: Forense, 2008.

LOPES, Miguel Maria de Serpa Lopes. **Curso de Direito Civil**. Introdução, Parte Geral e Teoria dos Negócios Jurídicos. 2ª ed. vol. I. Rio de Janeiro: LUX Ltda, 1957.

LUPI, André Lipp Pinto Basto. A CONVENÇÃO SOBRE IMUNIDADE DO ESTADO E SEUS BENS E O DIREITO BRASILEIRO. In: **RFD- Revista da Faculdade de Direito da UERJ**, jul. 2011. Disponível em: <<http://www.e-publicacoes.uerj.br/index.php/rfduerj/article/view/1784/1367>>. Acesso em: 17 Jun. 2017.

MAGALHÃES, José Carlos de. **Do Estado na Arbitragem Privada**. São Paulo: Max Limonad, 1988.

MAROLLA, Eguenia Cristina Cleto. **A arbitragem e os contratos da Administração Pública**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

MARTINS, Pedro A. Batista. Arbitrabilidade Objetiva. Interesse Público, Indisponibilidade de Direitos e Normas de Ordem Pública. In: LEITE, Eduardo de Oliveira. **Grandes temas da atualidade mediação, arbitragem e conciliação**. Rio de Janeiro: Forense, 2008. p. 253-271.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de Direito Internacional Público**. 10ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

MELO, Leonardo de Campos. Homologação de sentenças arbitrais estrangeiras e exequatur a cartas rogatórias que veiculem decisões interlocutórias e medidas de urgência proferidas por tribunal arbitral sediado no exterior– inovações advindas do CPC/2015, *pág.* 372. In: WEBER, Ana Carolina. **A reforma da arbitragem**. Rio de Janeiro: Forense, 2016. p. 372.

PEREIRA, Cesar Augusto Guimarães. Arbitrabilidade: conceito e limites. In: MOTTA JÚNIOR, Aldemar et al. **Manual de arbitragem para advogados**. OAB – Conselho Federal, 2015. p. 48-63.

PORTELA, Paulo Henrique Gonçalves. **Direito Internacional Público e Privado**: incluindo noções de direitos humanos e de direito comunitário. 8ª ed. Salvador: JusPODIVM, 2016.

SANTOS, Ricardo Soares Stersi dos. **Noções gerais de arbitragem**. Florianópolis: Fundação Boiteux, 2004.

SOARES, Guido Fernando Silva. **Das imunidades de jurisdição e de execução**. Rio de Janeiro: Forense, 1984.

VARELLA, Marcelo D. **Direito internacional público**. 4ª ed. São Paulo: Saraiva, 2012.